

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX

LE
RÉGIME MATRIMONIAL

SA NATURE JURIDIQUE
SOUS LE RAPPORT
DES NOTIONS DE SOCIÉTÉ ET D'ASSOCIATION

THÈSE POUR LE DOCTORAT
SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE BORDEAUX
le Vendredi 17 Juin, à 2 h. 1/2 du soir,

PAR

Jean CARBONNIER

LAURÉAT DE LA FACULTÉ
LAURÉAT DU CONCOURS GÉNÉRAL DES FACULTÉS DE DROIT
(SECOND PRIX, 1928)

BORDEAUX
IMPRIMERIE DE L'UNIVERSITÉ
Y. CADORET
3, PLACE SAINT-CHRISTOLY, 3

1932

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX

LE
RÉGIME MATRIMONIAL

SA NATURE JURIDIQUE
SOUS LE RAPPORT
DES NOTIONS DE SOCIÉTÉ ET D'ASSOCIATION

THÈSE POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE BORDEAUX

le Vendredi 17 Juin, à 2 h. 1/2 du soir,

PAR

Jean CARBONNIER

LAURÉAT DE LA FACULTÉ

LAURÉAT DU CONCOURS GÉNÉRAL DES FACULTÉS DE DROIT
(SECOND PRIX, 1928)

BORDEAUX

IMPRIMERIE DE L'UNIVERSITÉ

Y. CADORET

3, PLACE SAINT-CHRISTOLY, 3

1932

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX



PROFESSEURS HONORAIRES :

MM. SAUVAIRE-JOURDAN, * I.; LESCURE, * I., †;
DE BOECK, *, * I.; NOAILLES, * A.

- MM. FERRON, *, * I., *Doyen*, professeur de *Droit commercial*.
 BENZACAR, *, * I., professeur d'*Economie politique*.
 FERRADOU, * I., *Assesseur du Doyen*, professeur d'*Histoire du droit* et chargé d'un cours d'*Histoire du droit privé* (Diplômes d'études supérieures).
 MARIA, * I., professeur de *Droit romain*.
 MARGAT, * I., professeur de *Droit civil* et chargé d'un cours de *Droit international privé* (Licence).
 BONNECASE, * I., professeur de *Droit civil* et chargé d'un cours de *Droit maritime* (3^e année).
 PALMADE, * A., †, professeur de *Droit civil*.
 VIZIOZ, * I., professeur de *Procédure civile* et chargé d'un cours de *Droit civil comparé* (Diplôme d'études supérieures).
 BONNARD, *, * I., †, professeur de *Droit administratif* et chargé d'un cours de *Droit constitutionnel comparé* (Diplôme d'études supérieures).
 POPLAWSKI, * I., professeur de *Droit criminel* et chargé d'un cours de *Législation industrielle*.
 BOYÉ, * A., †, professeur de *Droit romain*.
 MOUNIER, * I., professeur d'*Economie politique*, chargé d'un cours d'*Histoire des doctrines économiques* (Diplôme d'études supérieures).
 BIBIÉ, *, †, professeur de *Droit international public*.
 RÉGLADE, professeur de *Droit constitutionnel et administratif*.
 GARRIGOU-LAGRANGE, professeur d'*Economie politique* et *Science financière*, chargé d'un cours de *Législation coloniale* (3^e année).
 LABORDE-LACOSTE, * I., professeur à la Faculté de droit d'Aix, chargé d'un cours de *Droit civil* (Licence), des cours de *Droit civil* (Capacité) et d'un cours d'*Enregistrement*.
 HUBRECHT, agrégé, chargé d'un cours de *Droit romain* (Licence 2^e année), d'un cours de *Pandectes* (Doctorat) et d'un cours d'*Histoire du droit public* (Diplômes d'études supérieures).
 ROUSSEAU, chargé de cours (*Droit international public*).

M. ARTIGUELONG, *Secrétaire*.
 M^{me} COSTES, *Secrétaire adjointe*.
 M^{me} SOUBIE, *Bibliothécaire*.

COMMISSION DE LA THÈSE

MM. BONNECASE, professeur	Président.
LABORDE-LACOSTE, professeur	
HUBRECHT, agrégé	} Suffragants.

LE RÉGIME MATRIMONIAL

SA NATURE JURIDIQUE

SOUS LE RAPPORT

DES NOTIONS DE SOCIÉTÉ ET D'ASSOCIATION

INTRODUCTION

Il semble, peut-être, y avoir quelque vain byzantinisme à rechercher la nature juridique d'une institution comme le régime matrimonial. Byzantinisme est le mot : la détermination de la nature, de la φύσις des actions et des contrats a été une des préoccupations favorites des juristes byzantins, imbus de plotinisme (1). Prétendre déterminer aujourd'hui la nature des régimes matrimoniaux, n'est-ce pas ressusciter, en plein xx^e siècle, la métaphysique confuse d'une période de décadence juridique ? A une époque où le Droit est conçu comme une science, et comme une science expérimentale, n'est-ce pas le rejeter dans les voies de la scolastique que de le lancer à la poursuite des natures et des

(1) Comp. sur ce point, Collinet, *Nouvelle Revue historique*, 1929 : *Le rôle de la doctrine et de la pratique dans le développement du Droit romain privé au Bas-Empire*, p. 16 et suiv.

essences? Telle est la question préalable que l'on peut opposer à l'objet même de notre étude.

Elle ne saurait nous arrêter. La nature juridique que nous nous proposons de déterminer dans le régime matrimonial n'a rien de commun (si ce n'est le nom) avec cette *natura*, cette φύσις, où se complaisait la pensée raffinée des Byzantins. Elle n'implique aucune position métaphysique : la philosophie transcendante n'y est pas nécessaire, la logique appliquée y suffit. Il s'agit simplement de situer le régime matrimonial dans la classification des institutions juridiques et, à cette fin, de faire saillir ses caractères spécifiques. La nature juridique du régime matrimonial, c'est — condensé par une définition — l'ensemble des caractères spécifiques qui se retrouvent dans tout régime matrimonial d'une manière constante. Classification, définition, caractères spécifiques, on est bien dans le domaine de la logique, de la logique appliquée aux sciences expérimentales. Même si l'on admet que le Droit est une science purement expérimentale, il faut donc reconnaître que la recherche de la nature juridique des institutions est pour lui une tâche inéluctable. C'est ainsi que la chimie, science expérimentale au premier chef, se donne pour objectif d'isoler les corps simples et, à cette fin, de définir les propriétés constantes de chaque espèce de matière. Elle détermine la nature chimique des corps, tout comme le Droit détermine la nature juridique des institutions. Mise en présence d'un corps tel que l'air, qui, pendant des siècles, fut considéré comme un élément irréductible, elle découvre, par l'analyse, qu'il a, en réalité, la nature chimique d'un composé d'oxygène et d'azote. Mise en présence d'une institution telle que le régime matrimonial, où l'on a vu longtemps une institution autonome, se suffisant pleinement à elle-même — la science du droit n'est pas infidèle à son but en recherchant, par l'analyse, si cette institution prétendue autonome n'est pas, en réalité, de sa nature

juridique, l'adaptation de quelque autre institution (comme l'association ou la société) aux relations entre époux. C'est là proprement l'objet de notre étude : il n'a visiblement rien de métaphysique. Sans doute, une fois déterminée la nature juridique d'une institution, ou la nature chimique d'un corps, on peut se demander si cette nature, que nous n'appréhendons jamais qu'au moyen de représentations de l'esprit, de concepts, correspond ou non à une réalité extérieure, si, derrière la nature perçue et conçue, il y a ou non une nature en soi. C'est bien un problème de métaphysique : il met en question la valeur de la connaissance et, partant, de la science. Il est certes légitime de le poser ; mais sa solution est indifférente en ce qui concerne l'objet limité de notre étude. Que l'on soutienne, avec le réalisme médiéval, que tout concept recouvre une réalité, que l'on admette, au contraire, avec le nominalisme idéaliste de Berkeley, que le concept est une sorte de rêve, qui est tout en nous et nous cache l'irréalité du monde extérieur, que l'on accepte d'autres théories encore — peu importe ici : ce qui est visé par de pareilles théories, c'est l'ensemble des connaissances humaines, ce n'est pas tel de leurs points particuliers comme la nature juridique d'une institution ou la nature chimique d'un corps. La science est un système de *rapports* logiques établis entre divers concepts. Suivant le parti que l'on prend dans la querelle des universaux, la science tout entière, l'ensemble des concepts glisse métaphysiquement du plan de la réalité sur celui du rêve, mais les rapports établis entre les concepts demeurent constants. *La nature juridique du régime matrimonial, qui est essentiellement un rapport, rapport de classification, n'est donc en rien affectée par l'opinion que chacun peut professer touchant la valeur métaphysique des concepts.* Il convient d'insister là-dessus en prévision du cas où cette nature juridique se traduirait par un rapport entre la notion de régime matrimonial et la

notion de personnalité morale. On a beaucoup discuté de la réalité des personnes morales; seulement la discussion ne ressortit pas à la métaphysique. Si, comme nous le pensons, la personnalité morale est une réalité, cela ne suppose aucune adhésion au réalisme médiéval, cela ne signifie pas nécessairement que la personnalité morale ait, en tant que concept, une existence en soi, une existence métaphysique, extérieure au sujet pensant. Cela veut dire simplement qu'elle a la même réalité que la personnalité physique, parce qu'elle a à sa base la même notion d'intérêt : réalité purement logique, résultat d'un enchaînement de connaissances purement humaines, sans que l'on puisse affirmer que ces connaissances nous font connaître les choses en soi. Le doute qui peut planer sur la réalité de la personnalité morale n'est donc pas autre que celui qui plane sur la réalité de la personnalité physique, que celui qui plane sur la réalité de toute notion, même dans les sciences expérimentales : c'est un doute qui n'est relatif qu'à la réalité métaphysique. On ne doit pas objecter que, en dehors même du point de vue métaphysique, il existe, pour la personne morale, un doute qui n'existe pas ailleurs. en ce que le concept de personnalité morale ne correspond à rien qui tombe sous les sens, tandis que le concept de personnalité physique, comme tout concept scientifique, traduit une réalité sur laquelle peut porter l'observation humaine. La personnalité morale et la personnalité physique se résolvent, à égal titre, dans le concept d'intérêt, intérêt collectif ou individuel. Or, l'intérêt, individuel ou collectif, ne tombe pas directement sous les sens; mais l'électricité en physique, mais la force catalytique en chimie, y tombent-elles davantage ? On ne peut les observer en elles-mêmes, on peut seulement en observer les manifestations. De même, si l'observation ne peut saisir l'intérêt en soi, elle peut en saisir les manifestations dans le milieu social. On voit, par là, que la détermination de la

nature juridique du régime matrimonial est susceptible de comporter un aussi grand degré de certitude que la détermination de n'importe quel rapport de classification, dans une science expérimentale quelconque. Le juriste, en effet, dans une telle recherche, peut partir de données concrètes, qui tombent matériellement sous les sens : savoir, les textes de la loi et les monuments de leur interprétation doctrinale et jurisprudentielle. Sans doute n'est-ce pas suffisant : il vient un moment où, par delà la loi et ses interprètes, le juriste doit entrer en contact avec les sources vives du Droit. Mais qu'est-ce à dire ? Il y a, d'abord, dans les sources génératrices du Droit, un élément expérimental fait des aspirations du milieu social (plus spécialement, en notre matière, du milieu économique), comme aussi des données de la nature biologique de l'homme ⁽²⁾ : c'est un élément sur lequel l'observation peut parfaitement porter. Il y a ensuite un élément rationnel ; appelons-le la notion de Droit ⁽³⁾. Certes, l'existence de cet élément ne peut être saisie directement par les sens humains ; son explication suprême est même, croyons-nous, une explication métaphysique. Mais est-ce assez pour faire dépendre de théories métaphysiques la détermination de la nature juridique du régime matrimonial ? Non : au fond, tout le monde est d'accord pour reconnaître qu'il existe — de quelque nom qu'on le décore — un élément qui dépasse l'élément purement expérimental du Droit ; on ne saurait l'observer en soi, mais on peut en observer partout les effets. Le juriste ne doit pas hésiter à admettre l'existence de la notion de Droit, parce que, sans elle, les phénomènes juridiques seraient inexplicables — pas plus que le physicien n'hésite à admettre l'existence de l'éther (fluide

(2) Comp. Bonnecase, *Introduction à l'étude du Droit*, 2^e éd., nos 131 et suiv.

(3) Comp. Bonnecase, *op. cit.*, nos 138 et suiv.

impondérable, élastique, qui remplit les espaces et pénètre tous les corps), bien que les sens ne puissent appréhender directement rien de tel, et bien qu'il s'agisse peut-être d'une véritable question de métaphysique, parce que, sans l'existence de l'éther, les phénomènes physiques seraient inexplicables. Rien n'empêche donc de rechercher la nature juridique du régime matrimonial sur une base rigoureusement expérimentale et avec l'espoir d'arriver à une certitude scientifique aussi grande que possible. *Le cadre philosophique, que nous venons ainsi de nous délimiter, est tel, encore une fois, qu'il n'implique aucun préjugé métaphysique et qu'il se concilie, par conséquent, avec toutes les opinions touchant les problèmes de la philosophie transcendante. En résumé, nous appliquons ici la distinction du conceptualisme logique et du conceptualisme métaphysique* (4). Le conceptualisme logique est partout dans cette étude : c'est que le concept est l'instrument forcé de la connaissance; le conceptualisme logique n'est autre chose, pour nous, que le rationalisme, condition même de toute science. Au contraire, nous écartons de notre étude la moindre influence du conceptualisme métaphysique, non point que nous entendions contester la légitimité des spéculations métaphysiques touchant la valeur des concepts, mais parce que, répétons-le, la solution donnée à ces spéculations est inutile pour la détermination de la nature juridique du régime matrimonial.

Prenant son point d'appui sur cette base philosophique, le présent ouvrage peut aspirer à se situer dans un juste milieu entre deux tendances également outrancières : *l'empirisme et l'apriorisme.*

Il est certain que, pour les empiristes, c'est une œuvre vaine, et même nuisible, de rechercher la nature juridique du régime matrimonial (aussi bien, d'ailleurs, que d'une

(4) Comp. sur cette distinction, Bonnecase, *op. cit.*, n° 232.

institution quelconque). « La découverte bien constatée d'un fait, disait le physiologiste Magendie, est plus précieuse pour moi que les rapprochements les plus brillants, car ils ne mènent à rien. » Avec un tel état d'esprit, notre étude est évidemment condamnée d'avance, et *a fortiori*. Or c'est un état d'esprit très répandu chez les civilistes contemporains. La défiance à l'égard de toute systématisation a été érigée, par beaucoup, à la hauteur d'un système. « A quoi bon, objecteront-ils, déterminer la nature juridique du régime matrimonial ? Vous allez prendre les points isolés réglés par le Droit positif, et vous allez les relier par des traits, de manière à former une figure... une figure de société, par exemple. Mais qui ne voit que votre construction est un travail de pure imagination ? Qui ne voit, surtout, qu'elle est extrêmement dangereuse ? Les intervalles que le Droit positif abandonnait à la liberté des interprètes, pour que ceux-ci pussent y suppléer avec le maximum de souplesse, ces intervalles sont désormais comblés par les lignes rigides de votre construction. C'est-à-dire que, là où notre interprétation, ne s'attachant (selon l'expression de M. Géný) qu'au roc solide des convictions et des intérêts ⁽³⁾, parvenait à donner à chaque question de détail la solution la plus pratique et la plus juste, vous vous faites le prisonnier, jusqu'à l'absurde, d'une figure sortie de votre propre imagination. » On peut constater que nous ne songeons nullement à affaiblir la portée de la critique empiriste. Ce qui explique et justifie, en un sens, l'apparition de cette critique, c'est qu'il se produisit, au début de notre siècle, une réaction contre les abus de la construction artificielle chez certains exégètes. Seulement la réaction eut vite dépassé son but. A l'heure actuelle, l'empirisme, toujours en faveur auprès d'une fraction notable de la doctrine, vise non plus à ruiner des systématisations

(3) Géný, *Science et technique en Droit privé positif*, III, n° 220.

artificielles, mais à faire obstacle à des systématisations scientifiques. Cependant, chose curieuse depuis trente ans, plus les auteurs ont proclamé le danger des constructions juridiques, plus l'on a vu surgir de ces constructions : théories de l'enrichissement sans cause, de l'abus des droits, de l'imprévision, de l'apparence, de la fraude à la loi, etc. Cela montre bien que la construction juridique répond à d'invincibles besoins. Cela montre aussi que les empiristes ne peuvent pas, sous peine de rendre leur position intenable, aller jusqu'au bout de leur empirisme. C'est que l'empirisme équivaut, en l'espèce, au scepticisme. Or, on ne fait pas sa part au scepticisme. Si la systématisation est dangereuse, il faut en proscrire les manifestations les plus atténuées, et le Droit tout entier doit se résoudre dans une infinité de cas d'espèces : aucune solution ne pourra plus être donnée d'avance ; tout sera laissé au tact du magistrat et du praticien ; le Droit ne sera plus une science, mais un art. C'est dire que, sous couleur de souplesse, l'empirisme aboutit à un arbitraire qui supprime toute sécurité. Le danger qu'il présente, à ce point de vue, est autrement grave et autrement réel que celui qu'il impute aux constructions juridiques. On doit avancer, en effet, qu'il n'est pas de construction juridique scientifiquement édifiée qui puisse conduire à une solution absurde, que l'interprétation empirique aurait évitée, pas plus qu'il n'est de théorie médicale scientifiquement élaborée qui puisse causer la mort d'un malade que la médecine empirique aurait sauvé ⁽⁶⁾. Les exemples que l'on pourrait être tenté d'objecter prouveraient simplement qu'il y a des constructions juridiques artificielles ; ils ne prouveraient rien contre la valeur rationnelle de la construction juridique en général.

(6) Comp. les observations de Claude Bernard ; *Introduction à l'étude de la médecine expérimentale*, 3^e partie, chap. III, § 3.

Si l'empirisme abuse des constatations concrètes et fragmentaires, l'apriorisme abuse des raisonnements abstraits et généraux. Si celui-là tend à s'enliser dans les nécessités étroites de la pratique, celui-ci tend à s'égarer dans les nuées de la philosophie et spécialement de la morale. On n'a jamais développé une conception *a priori* de la nature juridique du régime matrimonial. Aux fins d'en tirer un enseignement négatif, traçons une esquisse de ce que pourrait être une telle conception. La théorie aprioristique prend le problème par les sommets. Le sommet le plus haut, en la matière, est le Droit naturel, *jus naturale omnium animalium commune*, ou plutôt, comme le dit Leibniz, « cette image de Droit que, selon les jurisconsultes romains, la nature a enseignée aux animaux » (7). Le régime matrimonial est-il contenu dans le Droit naturel ? Il y est contenu, et avec l'essence même d'une société. On s'en rend compte en considérant un nid : dans la plupart des espèces, le nid appartient à un couple d'oiseaux, qui, tous les ans, revient l'habiter et le réparer en commun (8). La nature crée donc ici, du fait de la parade, une société conjugale entre le mâle et la femelle. Ne faut-il pas aller plus loin ? Cette société ne se personnifie-t-elle pas, en ce sens qu'elle traduit une réalité distincte de l'individualité de ses membres ? Ne doit-on pas admettre, avec plusieurs biologistes, que l'espèce est constituée par un couple, c'est-à-dire par un individu double ? (9). Ces questions ouvrent des horizons d'autant plus suggestifs qu'elles peuvent être

(7) Leibniz : *Nouveaux essais sur l'entendement humain*, livre I, chap. II, § 9. — V. sur la notion de *Jus naturale* dans l'antiquité : Senn, *De la Justice et du Droit. Explication de la définition traditionnelle de la justice, suivie d'une étude sur la distinction du « jus naturale » et du « jus gentium »*.

(8) G. Tarde, *Les transformations du Droit. Etude sociologique*, p. 73. — Comp. Espinas, *Les sociétés animales*, Thèse lettres Bordeaux, 1877, p. 120-168 et 275-277.

(9) Espinas, *op. cit.*, *Introduction historique*, p. 93.

transposées des animaux aux humains : Platon n'a-t-il pas soutenu, par un paradoxe profond, que l'homme et la femme sont les segments séparés d'une même personne, primitivement une ? Ainsi, la nature¹ montre, chez tous les êtres vivants, une tendance à organiser harmoniquement l'union des sexes en une société personnifiée. Qu'est devenue cette tendance dans les législations positives ? Elle y a été parfois reconnue, parfois méconnue⁽¹⁰⁾. Le législateur de l'avenir se doit, en tout cas, de la retrouver et de la donner pour norme aux régimes matrimoniaux. Voilà le schéma de ce que serait, abordé par un auteur trop enclin aux rêveries morales et philosophiques, le problème de la nature juridique du régime matrimonial⁽¹¹⁾. Autant dire que, entre de telles mains, le problème abdiquerait toute précision scientifique. L'esprit, après s'être éperdu sur les hauteurs du Droit naturel le plus vague, redescendrait faire la leçon au Droit positif — comme les physiques de l'antiquité, essayant de comprendre la nature avant de la connaître, commençaient par poser des principes *a priori* destinés à la rendre intelligible, puis prétendaient plier les phénomènes à ces principes. Certes, il nous plaît de remarquer, dès maintenant, que, même sur les hauteurs du droit naturel, on rencontre les notions de société et de personnalité morale comme traduction de la nature juridique du régime matrimonial. Mais nous ne pouvons pas

(10) C'est ainsi que, d'après Tarde (*op. cit.*, p. 57), le mariage aurait toujours été conçu comme un contrat de société dans la vieille Egypte, tandis que, en Arabie, en Perse, dans l'antiquité gréco-romaine, chez les Mongols, en Chine, il aurait été conçu comme un contrat de vente; en Polynésie et chez les Esquimaux, comme un contrat de prêt ou de louage temporaire.

(11) On trouve un exemple de ces constructions *a priori* chez Boistel (*Le droit dans la famille*, p. 33 et suiv.), qui prétend démontrer, en parlant de principes philosophiques, que la famille est une société entre les parents et les enfants, société embrassant deux sociétés : la société conjugale et la société paternelle. Il ne fait, du reste, qu'esquisser la démonstration en ce qui concerne la société conjugale.

ne pas rejeter cette méthode de raisonnement *a priori*, qui est à la science du Droit ce qu'était l'alchimie à la chimie, l'astrologie à l'astronomie. Ainsi que nous l'avons dit, aucun auteur, à notre connaissance, n'a fait systématiquement application d'une telle méthode dans la recherche de la nature juridique du régime matrimonial. Toutefois, les tendances *a priori* n'ont pas été sans exercer quelque influence en notre matière : le sentimentalisme moraliste qu'elles impliquent, la confusion constante, dont elles s'accompagnent, entre le mariage et le régime matrimonial, se retrouvent en plus d'un endroit de la doctrine contemporaine sous la forme d'une notion, la notion d'association conjugale, que nous aurons le loisir de critiquer tout le long de notre étude.

En situant ainsi le présent ouvrage entre l'empirisme et l'apriorisme, nous faisons apparaître clairement la méthode qui doit y présider : *il faut partir des faits, mais pour s'élever à la construction juridique*. Pareille méthode suppose, par la force même des choses, un *plan bipartite* : une première partie doit être consacrée à l'analyse des faits; une seconde, à leur synthèse.

Notre première partie sera surtout analytique. Nous disons : surtout, et non pas : exclusivement, car, dans une recherche aussi longue, on ne peut pas ne pas procéder, chemin faisant, à des synthèses partielles, sous peine de laisser le chercheur au milieu d'un pêle-mêle de résultats fragmentaires et hétéroclites. Sur quel ordre de faits portera l'analyse ? Nous ne répondons pas : sur le Droit positif, la formule serait un peu étroite. Nous disons : sur le système du Droit ⁽¹²⁾. Le système du Droit est le *datum* qui s'offre ou plutôt qui s'impose à l'observation du juriste. L'élément primordial du système du Droit, du moins pour

(12) V. sur cette notion, Bonnecase, *op. cit.*, n° 160.

le civiliste, qu'on le veuille ou non, c'est la loi. Etant donnée la réglementation détaillée dont les régimes matrimoniaux font l'objet dans notre législation, on ne peut pas songer à déterminer la nature juridique du régime matrimonial autrement que sur la base des textes. Mais la loi demande à être interprétée; et les méthodes d'interprétation sont divergentes : la méthode dont nous ferons usage est la méthode scientifique, qui interprète la loi par son texte littéral et par son but social⁽¹³⁾. La loi n'a pas, dans cette conception, une faculté d'extension illimitée : elle ne peut donc suffire à tout. Quand la loi fait défaut, l'interprète doit entrer en contact direct avec les sources génératrices du Droit, avec l'élément expérimental et l'élément rationnel du Droit⁽¹⁴⁾. Mais, dans cette première partie, nous n'aurons pas, le plus souvent, à nous livrer nous-même à cette élaboration immédiate du Droit positif : nous n'aurons qu'à prendre comme des données tangibles les résultats auxquels la doctrine et surtout la jurisprudence sont déjà parvenues dans la voie de cette élaboration. Nous n'avons rien dit jusqu'ici de l'histoire : c'est qu'on a fortement abusé de l'argumentation historique en notre matière. Nous estimons que la nature juridique du régime matrimonial ne peut pas être déterminée en fonction des conceptions reçues dans l'ancien Droit ou dans le Droit romain. Cela ne signifie pas que l'histoire ne présente aucun intérêt pour l'objet de notre étude. D'abord, elle est susceptible de fournir des enseignements d'ordre négatif : l'histoire mieux comprise ruine les théories civilistes reposant sur l'histoire mal comprise. Ensuite, elle peut s'intégrer dans l'élément expérimental du Droit, en attestant, à travers les temps, la permanence de certaines aspirations du milieu social. Telles sont les diverses classes de faits

(13) Comp. Bonnecase, *op. cit.*, nos 123 et suiv.

(14) Bonnecase, *op. cit.*, n° 126.

sur lesquelles portera notre analyse. Mais des investigations conduites, au hasard, en tous sens, risqueraient fort de demeurer stériles. L'analyse a besoin d'être orientée par ce que Claude Bernard nommait l'idée directrice, par ce que l'on appelle, dans une autre terminologie, l'hypothèse. Le premier chapitre de notre première partie aura précisément pour but de déterminer l'orientation des recherches, de proposer une idée directrice. Sous l'inspiration de cette idée directrice, nous pourrons procéder, dans les chapitres subséquents, à l'analyse méthodique des divers types de régimes matrimoniaux.

Notre seconde partie sera surtout synthétique. Ici encore, nous disons : surtout, et non pas : exclusivement. En effet, la construction synthétique, édifiée sur la base de l'analyse précédente, comporte, par définition, de nombreuses conséquences rationnelles, correspondant à autant de solutions de détail. En vérifiant expérimentalement le bien-fondé de ces conséquences, nous vérifierons, du même coup, l'équilibre général de la construction proposée. Or cette vérification expérimentale demande nécessairement des analyses partielles. Sous le bénéfice d'une telle réserve, nous pouvons déclarer que notre seconde partie aura pour objectif de traduire synthétiquement les divers aspects de la nature juridique du régime matrimonial. Cependant, une précision est ici nécessaire. La nature juridique que nous cherchons à déterminer, c'est la nature juridique du régime matrimonial, *telle qu'elle existe dans le système du Droit français actuel*. Il ne s'agit point d'une anticipation idéale. Nous ne nous plaçons ni en Droit naturel, ni de *lege ferenda*, mais uniquement (selon l'expression courante) sur le terrain du pur Droit positif. La construction juridique, qui sera l'aboutissement de nos recherches, sera donc une construction de pur Droit positif français.

Dans l'analyse comme dans la synthèse, une précaution nous sera, d'ailleurs, indispensable : nous ne devons uti-

liser, dans le raisonnement, que des notions dont le contenu aura préalablement été vérifié. Il faut, en d'autres termes, écarter toutes ces *notiones vulgares*, toutes ces *prænotiones*, dont parle Bacon ⁽¹⁵⁾, notions communément admises, sur lesquelles les générations de savants s'accoutument à raisonner sans vérification, mais qu'un examen plus approfondi vient un beau jour révéler fausses. Le doute systématique de Descartes n'est pas moins utile ici qu'ailleurs. C'est pourquoi nous n'hésiterons pas à soumettre à une révision les différentes notions que nous pourrions avoir à employer dans notre démonstration : notion de bénéfice, notions de titre onéreux et de titre gratuit, etc. Sans cette revision préalable, nous risquerions de prendre des *prænotiones* pour des notions scientifiquement établies et, partant, de fausser les conclusions que nous voudrions en déduire.

(15) Bacon, *Novum organum*, I, 26.

PREMIÈRE PARTIE

ANALYSE

CHAPITRE PREMIER

L'ATTITUDE DE LA DOCTRINE QUANT AU PROBLEME DE LA NATURE JURIDIQUE DU REGIME MATRIMONIAL EN GENERAL. CONSEQUENCES QUI EN DECOULENT POUR LA DETERMINATION DE LA NATURE JURIDIQUE DES DIVERS TYPES DE REGIMES MATRIMONIAUX

Il semblerait que l'étude de la notion abstraite et générale de régime matrimonial dût venir après l'étude particulière des divers types de régimes matrimoniaux. Mais cela ne serait exact que s'il s'agissait d'un exposé synthétique. Or, dans cette première partie, nous ne nous proposons pas autre chose que d'analyser les différents types de régimes matrimoniaux de manière à extraire, en quelque sorte, la nature juridique qu'ils portent en eux. Seulement on ne peut s'en remettre au hasard du soin de guider l'analyse. La moindre hypothèse concernant la nature juridique du régime matrimonial aurait l'avantage de donner une direction aux recherches, de les situer dans l'immense domaine du Droit civil. C'est à cet effet que nous allons envisager ici, d'une façon tout à fait provisoire, le problème de la nature juridique du régime matrimonial en général; les données qui en dérivent seront reprises synthétiquement dans la seconde partie.

SECTION PREMIERE

LA NATURE JURIDIQUE DU RÉGIME MATRIMONIAL DEVANT LA DOCTRINE

§ 1. — *L'Ecole de l'Exégèse.*

On peut affirmer que, pris dans leur ensemble, les représentants de l'Ecole de l'Exégèse ne se sont pas préoccupés de la nature juridique du régime matrimonial en général. Ils ont pu porter leur attention, à ce point de vue, sur tel régime particulier comme la communauté conjugale; ils n'ont pas su s'élever à la notion abstraite de régime matrimonial. Qu'il en ait déjà été ainsi dans l'ancien Droit, cela est compréhensible. Avant 1789, nos vieux jurisconsultes, au reste peu enclins à l'abstraction, n'avaient jamais eu à se demander ce qu'était le régime matrimonial en soi; par suite de la territorialité des régimes, chacun n'avait affaire qu'à un type concret de régime matrimonial : communauté dans les pays de coutumes, régime dotal dans les pays de Droit écrit, l'exclusion de communauté et la séparation de biens étant regardées comme de simples modalités des régimes principaux. Mais il semble que la codification aurait dû changer cet état de choses. Le Code civil, mettant un même juriste en contact immédiat avec toutes les variétés de régimes matrimoniaux, aurait dû provoquer chez lui cette abstraction et cette généralisation qui résultent, d'une manière spontanée et en quelque sorte mécanique, de la répétition d'impressions uniformes : les caractères secondaires auraient dû s'effacer; les caractères essentiels se détacher; l'essence, la nature juridique du régime matrimonial en général, apparaître. Pourtant, il n'en a rien été. Il faut chercher l'explication de cette carence dans les idées qui ont eu cours, au xix^e siècle, quant à l'interprétation du Droit.

civil. L'Ecole de l'Exégèse incarnait alors toute la science juridique française. Par sa doctrine comme par sa méthode (encore, que les deux points de vue doivent être soigneusement distingués), cette Ecole rivait étroitement au Code Napoléon la science du Droit civil (1). Or, la conception dont s'était inspiré en la matière le législateur de 1804 rendait extrêmement difficile l'élaboration d'une théorie générale du régime matrimonial. Cela va être démontré tout de suite.

I. — L'influence du Code civil sur la détermination de la nature juridique du régime matrimonial.

Dans une codification qui embrasse l'ensemble du Droit civil, les régimes matrimoniaux trouvent leur place rationnelle à la suite de la réglementation du mariage. Il en est ainsi dans les Codes allemand et suisse (2), dont la supériorité technique est reconnue. En effet, les régimes matrimoniaux concourent, avec le mariage, à former le Droit matrimonial, fraction première du Droit de famille, auquel ils ressortissent essentiellement. Le Droit de famille, au sens large du terme, est l'ensemble des règles de Droit d'ordre personnel et d'ordre patrimonial, dont l'objet exclusif, *principal*, accessoire ou indirect est de présider à l'organisation, à la vie et à la dissolution de la famille (3).

(1) Comp. J. Bonnecase, *L'Ecole de l'Exégèse en Droit civil. Les traits distinctifs de sa doctrine et de ses méthodes d'après la profession de foi de ses plus illustres représentants.*

(2) Le Code civil allemand de 1900 consacre son livre IV aux *Droits de famille*. La section I de ce livre, intitulée *Du mariage civil*, se divise en un certain nombre de titres. Titre V : *Des effets du mariage en général*; Titre VI : *Du droit matrimonial quant aux biens*. — Le Code civil suisse de 1907 comprend un livre II : *Droit de la famille*, dont la première partie, *Des époux*, renferme plusieurs titres : Titre III : *Du mariage*; Titre IV : *Du divorce*; Titre V : *Des effets généraux du mariage*; Titre VI : *Du régime matrimonial*.

(3) Bonnecase : *La philosophie du Code Napoléon appliquée au droit de famille*, 2^e éd., n° 9. On donne assez généralement au Droit de famille

Les régimes matrimoniaux ont précisément pour objet principal de constituer l'un des aspects de la structure de la famille; mais ce n'est pas leur objet exclusif : ils visent également à assurer la sauvegarde du patrimoine personnel de la femme; Troplong prétendait même que cette idée de protection de la fortune de la femme était dominante en la matière, conception exagérée⁽⁴⁾. En tout cas, il n'est pas douteux que les deux catégories de règles qui forment le Droit matrimonial dans son intégralité, les unes relatives aux rapports d'ordre personnel entre les conjoints, les autres à leurs rapports d'ordre pécuniaire, sont intimement liées par des actions et des réactions réciproques : notamment la réglementation du mariage produit, abstraction faite du régime matrimonial, des effets directs sur les biens des époux⁽⁵⁾.

Les trois projets de Code civil rédigés par Cambacérès (on sait que le Code Napoléon leur est techniquement inférieur par beaucoup de traits) avaient adopté, dans leur plan, cette vue rationnelle : le livre I réglait en deux titres successifs le mariage et ce que Cambacérès appelait les droits des époux, c'est-à-dire les régimes matrimoniaux⁽⁶⁾. Avec le falot projet de Jacqueminot, la dislocation du Droit matrimonial se trouve consommée : le titre premier est consacré au mariage, le titre sixième et dernier aux droits respectifs des époux. Le projet de l'an VIII, persistant dans

une moindre extension; mais cela est sans influence sur la question qui nous occupe, car le Droit de famille au sens étroit du terme comprend essentiellement, avec la parenté ou droit de la parenté, le mariage et les régimes matrimoniaux ou Droit matrimonial. V. sur ce point Bonnecase, *op. cit.*, nos 13-14.

(4) Troplong, *Traité du contrat de mariage*, I, nos 2-4.

(5) On en verra un exemple avec le prétendu mandat tacite de la femme mariée.

(6) Premier projet, Livre I : *De l'état des personnes* : ... Titre II : *Du mariage*; Titre III : *Des droits des époux*. — Second projet, Livre I : *Des personnes* : ... Titre V : *Du mariage*; Titre VI : *Des droits des époux*. — Le troisième projet suit, sur ce point, un plan identique à celui du second projet.

ces errements, fait passer les régimes matrimoniaux dans le domaine des contrats et les encastre entre les donations et testaments, d'une part, et la vente, d'autre part ⁽⁷⁾. C'est, à peu de choses près, l'ordre adopté par le Code Napoléon dans sa teneur définitive.

Analysons ce plan du point de vue qui nous intéresse. Après un livre I, consacré aux personnes et contenant la réglementation du mariage (titre V), et un livre II consacré aux biens et aux différentes modifications de la propriété, vient le livre III intitulé : *Des différentes manières dont on acquiert la propriété*. Comment les législateurs de 1804 en sont-ils arrivés à faire entrer la matière des régimes matrimoniaux dans le cadre des modes d'acquérir ? La chaîne de leurs raisonnements est facile à reconstituer. « La propriété des biens, est-il dit dans l'article 711, s'acquiert et se transmet par succession, par donation entre vifs et testamentaire et par l'effet des obligations. » Ce dernier mode d'acquérir fait l'objet, dans sa partie générale, du titre III : *Du contrat et des obligations conventionnelles en général*, et du titre IV : *Des engagements qui se forment sans convention*. Dès le titre III, l'article 1107 annonce une série de développements d'allure plus concrète : « Les contrats, soit qu'ils aient une dénomination propre, soit qu'ils n'en aient pas, sont soumis à des règles générales, qui sont l'objet du présent titre. *Les règles particulières à certains contrats sont établies sous les titres relatifs à chacun d'eux.* » De fait, les titres V et suivants traitent successivement d'un certain nombre de contrats individualisés par un nom. *Le contrat de mariage vient en tête*, comme étant génétiquement et moralement le premier des contrats. Titre V : *Du contrat de mariage et des*

(7) Projet de l'an VIII : Livre I : *Des personnes* : ... Titre V : *Du mariage*...; Livre III : ... Titre IX : *Des donations entre vifs et du testament*; Titre X : *Du contrat de mariage*; Titre XI : *De la vente*.

droits respectifs des époux. Titre VI : De la vente. Titre VII : De l'échange, Titre VIII : Du contrat de louage. Titre IX : Du contrat de société. Titre X : Du prêt, etc. En somme, les régimes matrimoniaux, par l'intermédiaire du contrat de mariage, sont intégrés dans les contrats, et les contrats sont envisagés sous l'angle de l'effet translatif de propriété. Il est certain que cette dernière conception est, pour beaucoup de contrats ⁽⁸⁾, radicalement fausse. En ce qui concerne les régimes matrimoniaux, si l'intitulé du livre III n'est pas absolument inexact, c'est bien par pur hasard. La communauté conjugale aboutit sans conteste à un transfert de propriété. Mais il n'en est pas très différemment du régime sans communauté ou du régime dotal : s'ils ne déplacent la propriété qu'exceptionnellement ⁽⁹⁾, ils font toujours acquérir, semble-t-il, un droit réel, le mari devenant usufruitier des biens de sa femme d'après l'opinion dominante. Enfin, dans le régime de séparation de biens, le mari s'approprie les deniers versés par l'épouse à titre de contribution aux charges du ménage. N'empêche que l'effet translatif de propriété ou de droit réel n'est jamais qu'un aspect tout à fait secondaire du régime matrimonial. On ne peut imaginer classification plus artificielle. L'erreur fondamentale du législateur a été de situer notre matière dans le Droit des contrats, fraction du Droit du patrimoine. Sans doute les régimes matrimoniaux ont-ils des conséquences d'ordre patrimonial, mais ils sont dominés par la structure de la famille et, comme tels, inséparables du mariage lui-même : c'est ainsi que l'incapacité de la femme joue à travers les divers types de régimes, et que, réciproquement, le fonctionnement des régimes est renforcé ou entravé par l'incapacité de la femme. Les rédacteurs du

(8) Par exemple, ni le louage, ni le prêt à usage, ni le dépôt, ni le cautionnement, ne sont des modes d'acquérir la propriété.

(9) Art. 1532, 1534, 1532, au cas d'estimation de meubles ou d'immeubles.

Code ont-ils eu conscience qu'ils faisaient fausse route ? L'intitulé du titre V est riche en suggestions. Il faut remarquer que l'expression « contrat de mariage », appliquée aux conventions pécuniaires entre époux, est une innovation. Le Code a brisé avec le langage de Pothier : Pothier appelait « contrat de mariage » le mariage lui-même, conformément à la conception du Droit canonique⁽¹⁰⁾ ; le rejet de cette signification par le législateur de 1804 constitue, entre parenthèses, un argument de texte dont les partisans de la théorie institutionnelle du mariage peuvent légitimement se prévaloir. D'autre part, les rédacteurs du Code ont dû sentir combien était insuffisante la notion de contrat de mariage pour rendre compte de la substance des régimes matrimoniaux. Aussi l'ont-ils complétée par cette expression essentiellement vague (tirée des projets antérieurs, qui ne parlaient pas de contrat de mariage) : des droits respectifs des époux, sans préciser si ces droits naissaient du contrat ou de la loi, du régime matrimonial ou du mariage lui-même.

Si l'on passe à l'analyse en quelque sorte intérieure du titre V, l'impression se confirme. Le chapitre premier renferme les dispositions générales, les chapitres II et III étant réservés à la réglementation des types concrets de régimes. Or *une lacune d'une portée considérable saute immédiatement aux yeux*. Alors que les autres titres consacrés à des contrats spéciaux s'ouvrent tous par une définition du contrat envisagé (parfois sous la rubrique significative : *De la nature* de tel contrat)⁽¹¹⁾, le chapitre premier du titre V ne

(10) Pothier, *Traité du contrat de mariage*. Pothier note lui-même (n° 2) que le terme est équivoque, désignant ailleurs « l'acte qui contient les conventions particulières que font entre elles les personnes qui contractent mariage ».

(11) Par exemple, pour la vente, le commodat, le prêt de consommation le mandat, le cautionnement. Comp. d'ailleurs, sur la valeur philosophique de ces définitions, Ray, *Essai sur la structure logique du Code civil français*, thèse lettres, Paris, 1926, p. 220 et suiv.

contient aucune définition du contrat de mariage. Ce silence, que la nouveauté du sujet ne suffit pas à expliquer, trahit l'embarras du législateur. Celui-ci a eu beau faire du régime matrimonial un contrat spécial, doué d'une existence autonome, il s'est avoué incapable de définir ce prétendu contrat, d'en indiquer la nature.

Tel quel, le plan du Code civil s'est imposé aux commentateurs du xix^e siècle, et cela a entraîné plusieurs conséquences également fâcheuses. D'abord, le régime matrimonial a été, dans l'interprétation du Droit positif, isolé du mariage, ce qui devait souvent en fausser la vision. En second lieu, la notion de régime matrimonial s'est effacée devant la notion de contrat de mariage. En conformité de sa philosophie individualiste et spiritualiste, le Code Napoléon a considéré les institutions juridiques sous l'angle contractuel⁽¹²⁾. Les interprètes du xix^e siècle, imbus eux-mêmes de cette philosophie, n'ont pas cherché à réagir contre une telle conception; ils ne pouvaient qu'être séduits en voyant le Code mettre la volonté humaine au premier rang dans la matière des régimes matrimoniaux. Aussi leur observation a-t-elle porté beaucoup plus sur le contrat de mariage que sur le régime matrimonial. On peut même avancer qu'ils ignorent totalement le régime matrimonial en tant que notion autonome. A un autre point de vue, l'influence du plan du Code Napoléon fut néfaste : ce plan, ossifié par le fétichisme des textes, a fait apparaître le contrat de mariage comme une catégorie juridique autonome, repliée sur elle-même, qu'il convenait de définir en soi, sans appel à des notions plus compréhensives venues du dehors; le contrat de mariage a été de la sorte voué aux théories du *sui generis*, à l'absence de systématisation,

(12) V. sur ce point Bonnecase : *La Philosophie du Code Napoléon appliquée au Droit de famille*, 2^e éd., n^o 38.

à l'empirisme. Enfin, la classification du Code a marqué la doctrine d'une dernière empreinte, profonde quoique inaperçue : les juristes ont eu tendance à ne considérer la nature des régimes matrimoniaux qu'à la lumière des modes d'acquérir; le problème de la nature juridique du régime dotal, du régime sans communauté, voire de la communauté conjugale, a été ramené à des questions de propriété ou d'usufruit.

Est-ce à dire que l'examen de ce qu'ont écrit là-dessus les représentants de l'Ecole de l'Exégèse soit inutile ? On ne peut l'affirmer *a priori*. Deux choses, en effet, doivent être distinguées dans l'Ecole de l'Exégèse : la méthode et la doctrine. La méthode consistait à suivre l'ordre du Code civil, parfois jusque dans ses infimes subdivisions; et par là les Exégètes se rendaient extrêmement difficile la tâche d'élucider la nature juridique du régime matrimonial. La doctrine se ramenait principalement au culte du texte de loi et à la prédominance de l'intention du législateur; or, si le Code n'avait pas donné une théorie de la nature juridique du régime matrimonial, il se trouvait qu'il en recélait dans son flanc les éléments constitutifs et qu'il n'était pas impossible de les en faire sortir par une de ces minutieuses analyses de textes auxquelles excellaient les représentants de l'Ecole. Un exemple illustre la nécessité de cette séparation entre la méthode et la doctrine. Colmet de Santerre a choisi la méthode-type de l'Ecole de l'Exégèse, la méthode analytique dans sa forme la plus rigoureuse, où l'on descend jusqu'à l'ordre des articles; et pourtant, dans cette espèce de mot à mot juridique, il n'est pas loin d'avoir trouvé, on le verra, le secret de la nature juridique du régime matrimonial. Au contraire, Aubry et Rau ont adopté la méthode synthétique où, délaissant la forme extérieure du Code, ils vont scientifiquement au fond de la réalité sociale qu'elle recouvre; en conséquence, ils traitent des régimes matrimoniaux à leur place rationnelle,

à la suite du mariage; et cependant ils n'ont même pas soupçonné le problème qui nous occupe.

II. — La nature juridique du contrat de mariage d'après les représentants de l'Ecole de l'Exégèse.

Les Exégètes se sont essayés à définir le contrat de mariage en partant de l'article 1387, où se trouve posé le principe de la liberté des conventions matrimoniales avec une allusion importante, bien qu'équivoque, à l'« association conjugale »⁽¹³⁾; de l'article 1388, qui énonce certaines bases impératives du pacte matrimonial et parle des droits du mari « comme chef »; enfin de l'art. 1393 sanctionnant l'immutabilité des conventions matrimoniales. Les définitions ainsi obtenues se répètent, en général, avec une grande monotonie.

Un auteur secondaire, Commaille, doit être cité le premier, car son *Traité du contrat de mariage* parut l'année même de la promulgation du Code. C'était une œuvre destinée à vulgariser la législation nouvelle dans le monde des praticiens. Née à un moment où les dogmes exégétiques n'avaient pas eu le temps de germer, elle n'était pas dépourvue d'une certaine hardiesse. En tout cas, on y trouve, formulée assez nettement, une relation entre le contrat de mariage et l'apport en société : « Nous ne considérons point ici le contrat de mariage comme formant l'union de la personne des époux... Nous n'envisageons ici le contrat de mariage que par rapport aux conventions qui le précèdent, relativement aux biens que les époux mettent dans la *société conjugale*; aux droits qu'ils s'attribuent respectivement sur ces biens, soit vis-à-vis

(13) Art. 1387 : « La loi ne régit l'association conjugale quant aux biens qu'à défaut de conventions spéciales que les époux peuvent faire comme ils le jugent à propos, pourvu qu'elles ne soient pas contraires aux bonnes mœurs, et, en outre, sous les modifications qui suivent. »

l'un de l'autre, soit vis-à-vis des enfants qui peuvent provenir de leur union, ou même à ceux-ci vis-à-vis du survivant d'eux. »⁽¹⁴⁾. Les grands jurisconsultes, fondateurs de l'Ecole de l'Exégèse, sont plus vagues : « (Le contrat de mariage), déclare Merlin, est l'acte que passent les futurs époux pour régler les conventions relatives au mariage qu'ils vont contracter. »⁽¹⁵⁾. « Dans le présent titre, écrit de même Delvincourt, les mots contrat de mariage signifient les conventions particulières faites tant par les futurs époux que par des tiers en faveur et à l'occasion du mariage. »⁽¹⁶⁾. Toullier, plus ample, n'est pas plus précis : « Après avoir tracé les règles générales des obligations conventionnelles..., le Code passe aux règles particulières à certains contrats, et commence, dans ce titre V, par le plus important de tous ceux qui ont les biens pour objet; par celui qui établit les droits respectifs des époux, tant sur les biens que chacun d'eux possède que sur ceux qu'ils peuvent acquérir pendant la durée de leur union; droits qu'ils sont libres d'établir et de régler comme bon leur semble par leur contrat de mariage, mais qu'à défaut de conventions spéciales, la loi a eu la sage prévoyance de régler... Avant de les expliquer, voyons d'abord ce qu'on entend par conventions matrimoniales. Ce sont celles qui règlent la dot de la femme et tout ce qui s'y rapporte, soit sous le régime dotal, soit sous le régime de la communauté; les avantages faits à l'un des futurs conjoints, ou aux deux, tels que les donations réciproques ou non, les gains de survie, les douaires conventionnels ou les rentes viagères qui en tiennent lieu; ce sont encore l'établissement, l'exclusion ou les différentes modifications de la communauté

(14) Commaille, *Traité du contrat de mariage suivant les principes du Code civil*, 1804, n° 1.

(15) Merlin, *Répertoire*, v° *Contrat de mariage* (Comp. la définition précitée de Pothier, p. 23, note 10).

(16) Delvincourt, *Cours de Code civil*, livre IV, titre I.

ou du régime dotal. »⁽¹⁷⁾. On ne peut pas être plus empirique.

Passons aux grands commentateurs qui marquent l'apogée de l'Ecole. Duranton s'exprime ainsi : « On entend par contrat de mariage les conventions de deux personnes qui s'unissent par mariage, relativement à leurs biens, pour régler leurs droits respectifs sous ce rapport. »⁽¹⁸⁾. Il ajoute que le contrat de mariage a notamment pour objet d'établir s'il y aura ou non entre les époux « une association quant à leurs biens »⁽¹⁹⁾, manière vague de laisser entendre que seul le régime de communauté constitue une société. Aubry et Rau, malgré leur génie, n'ont pas réussi à sortir des sentiers battus : « Le contrat de mariage, disent-ils en calquant Zachariæ⁽²⁰⁾, est la convention par

(17) Toullier, *Droit civil français suivant l'ordre du Code*, t. XII, nos 1 et 23. Toullier s'attarde du reste encore à qualifier le mariage « contrat de mariage », t. XII, n° 2 : « Le contrat par lequel l'homme et la femme s'unissent pour toujours, dans la vue de procréer des enfants et de les élever, en un mot le contrat de mariage proprement dit, qui unit les personnes des époux, est sans doute le premier des contrats dans l'ordre de la nature et dans l'ordre civil. » Relevons encore cette déclaration d'un trouble caractéristique, t. XII, n° 3 : « La raison, d'accord sur ce point avec la législation, nous dit même qu'une *société de biens* quelconque n'est point nécessaire entre les deux époux pour remplir le but du mariage et que la *société des personnes* peut exister sans la société des biens. »

(18) Duranton, *Cours de droit français suivant le Code civil*, t. XIV, n° 1.

(19) Duranton, t. XIV, n° 1 : « (Ce contrat) a seulement pour but de constater des conventions d'intérêt purement pécuniaire; d'établir sous quel régime les époux seront mariés, s'il y aura ou non entre eux une association quant à leurs biens, et quels en seront la nature et les effets; ce que la femme apporte au mari pour l'aider à supporter les charges du mariage; les avantages qu'ils se font réciproquement, ou l'un d'eux à l'autre, ainsi que ceux qui leur sont faits par leurs parents ou par des tiers; en un mot, ce contrat n'a rapport qu'aux biens, tandis que le mariage lui-même a pour objet l'union des personnes : l'un est le principal, l'autre l'accessoire. Il ne peut y avoir de contrat de mariage sans mariage, mais il peut fort bien y avoir mariage sans contrat de mariage, et même sans aucune espèce d'association quant aux biens; l'article 1575 du Code suppose cette absence de toute association..., cas dans lequel le mari ne jouit même aucunement des biens de la femme, et il en est ainsi sous le régime dit de la séparation de biens. »

(20) Zachariæ, *Droit civil français* (traduction Massé et Vergé), IV, § 634.

laquelle deux personnes qui veulent s'unir par mariage règlent, quant à leurs biens, les droits dont elles jouiront comme époux, l'une à l'égard de l'autre. »⁽²¹⁾ La définition de Demante est modelée sur l'article 1387 : « On entend ici par contrat de mariage l'ensemble des conventions faites en vue d'un futur mariage, et ayant principalement pour but de régler l'association conjugale quant aux biens. »⁽²²⁾ Taulier n'approfondit pas davantage le problème : « Le contrat de mariage, affirme-t-il, est la convention destinée à régir les rapports d'intérêt matériel qui résultent de l'union de deux époux. » Toutefois il s'arrête un instant à la notion de régime matrimonial : « Les époux peuvent placer leurs biens sous l'empire de divers régimes. Un *régime* est un ensemble de règles »⁽²³⁾, ce qui revient à dire, avant la lettre, que le régime matrimonial est une institution juridique. Cela semble aujourd'hui un truisme, mais, chez les contemporains de Taulier, pareil éclaircissement est quelque chose de très rare. Après une préface philosophico-historique brillante (encore qu'elle ait, de nos jours, vieilli), Troplong parle en termes quelconques : « Le mariage unit la main des époux; le contrat de mariage régit leurs intérêts. Le premier considère les personnes; le second considère les biens... Le mariage est une société; mais les deux parties n'y sont pas égales... Cette inégalité a son reflet dans le contrat de mariage. »⁽²⁴⁾ Les développements de Marcadé sont plus vigoureux : « Quoique l'expression Contrat de mariage dût, ce semble, signifier le contrat qui s'appelle le mariage, le contrat qui constitue le mariage (comme les mots contrat de vente, contrat de louage, etc., désignent les contrats qui constituent la vente, le louage, etc.), cette expression

(21) Aubry et Rau, VIII, 5^e éd., § 501.

(22) Demante, *Cours analytique de Code civil*, VI, n° 2.

(23) Taulier, *Théorie raisonnée du Code civil*, V, p. 1.

(24) Troplong, *Traité du contrat de mariage*, I, n°^s 1 et 2.

n'est cependant pas prise ici dans ce sens. Le législateur n'a désigné que par le nom de mariage (titre V du livre I) le contrat moral qui a pour objet l'union des personnes, et il réserve le nom de contrat de mariage à la convention accessoire que les futurs époux forment quant à leurs biens. *Le contrat de mariage est donc le contrat de société pécuniaire du mariage*, le contrat formé, à l'occasion du mariage, pour fixer les droits respectifs des époux quant aux biens; et ces mots : quant aux biens, doivent être ajoutés à la rubrique de notre titre, qui, sans cela, et telle que le Code la présente, indique mal son objet, et conviendrait aussi bien au mariage lui-même, puisque d'une part le mariage est aussi un contrat, et qu'en réglant ce contrat le législateur a dû s'occuper aussi (au chap. VI, art. 212 et s.) des droits respectifs des époux. »⁽²⁵⁾ En somme, Marcadé a hasardé une explication de la nature juridique du contrat le mariage : le contrat de mariage est un contrat de société; seulement cette idée, prise dans la gangue d'une autre idée, ne présente pas chez lui un grand relief. Laurent, suivant ses tendances favorites, serre de près l'article 1837, et il y trouve cette notion d'association conjugale qui n'éclaire rien : « La définition du contrat de mariage, écrit-il, résulte de l'article 1387 : c'est la convention qui règle l'association conjugale quant aux biens. Il y a un autre contrat de mariage qui régit l'association conjugale quant aux personnes : c'est le mariage célébré devant l'officier de l'état civil... Le législateur réserve le nom de contrat de mariage aux conventions que les époux font relativement à leurs biens... Le contrat de mariage ouvre donc la série des contrats par lesquels les particuliers règlent leurs intérêts. »⁽²⁶⁾

(25) Marcadé, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, V. sur le titre V.

(26) Laurent, *Principes du Droit civil*, XXI, n° 1. — On pourrait citer, à côté de Laurent, un auteur qui s'en rapproche par certaines tendances :

A côté des grands commentateurs figurent quelques auteurs de moindre importance, qui ont composé des traités spéciaux sur le contrat de mariage; mais on est obligé de constater que la spécialisation n'a pas rendu leur vue plus perspicace. Bellot des Minières a consacré une monographie au « contrat de mariage considéré en lui-même »; c'est-à-dire aux dispositions générales du titre V; il expédie le problème en quelques mots : « Les jurisconsultes définissent le contrat de mariage la convention expresse ou tacite par laquelle l'homme et la femme qui veulent s'unir par les liens du mariage entendent que leur union soit régie quant aux biens. » (27). Odier est à peine moins incolore : « C'est, dit-il, un véritable traité entre plusieurs familles, traité réglant des intérêts majeurs et qui devient la loi de plusieurs générations. Il embrasse, ce traité, toute la fortune présente et à venir des époux; il stipule l'*espèce d'association qui s'établira entre eux*, quels biens y seront compris, lesquels en seront exclus. » (28). Il semble donc que, pour Odier, tout régime matrimonial se ramène à un type d'association, sans que l'on sache si cette dernière expression revêt ici un sens technique. Rodière et Pont ne pensent pas autrement : « Autour du mariage viennent se grouper une multitude de conventions accessoires que la loi sanctionne et protège, par cela même qu'elles peuvent amener un résultat si désiré. L'acte qui

Acollas. C'était un Exégète d'un genre tout particulier, puisque l'Exégèse lui servait à saper le Code par l'absurde. Quoi qu'il en soit, il s'en tient ici aux idées courantes : « Sous l'empire de la compilation napoléonienne, écrit-il, le contrat de mariage doit être défini : Un contrat solennel et accessoire destiné à réglementer les intérêts pécuniaires des époux. » (*Manuel de droit civil*, III, p. 18.) On conçoit qu'il n'ait pas approfondi la question, car, pour lui, l'idéal législatif consistait dans l'abrogation pure et simple du titre *Du contrat de mariage*, sous prétexte que la matière ressortissait à la « morale naturelle » (*op. cit.*, III, p. 9 et p. 117).

(27) Bellot des Minières, *Le contrat de mariage considéré en lui-même*, n° 1.

(28) Odier, *Traité de contrat de mariage*, introduction, n° 2.

contient ces conventions est appelé, en Droit français, contrat de mariage parce qu'il s'identifie avec le mariage qu'il précède et dans lequel il puise la vie... Avant d'exposer les règles propres aux *divers régimes d'association conjugale*, les auteurs du Code Napoléon ont placé, au frontispice du titre, des dispositions générales qui dominent toute la matière. » (29).

Au milieu de l'imprécision universelle qui caractérise, en l'occurrence, cette période de la science du Droit civil, on est surpris de découvrir, dans une note de Colmet de Santerre sur la définition précitée de Demante, quelques lignes révélant une conception d'une indiscutable fermeté : « Le mariage... donne naissance à des intérêts pécuniaires qu'il faut régler. Alors même que les époux n'ont pas de patrimoine, la vie commune nécessite des dépenses : entretien des époux et des enfants, éducation, établissement des enfants. Il faut déterminer comment et par qui seront supportées ces dépenses. C'est le but du contrat de mariage. En l'indiquant, nous rendons facile l'intelligence de la définition que nous venons de donner et nous faisons ressortir l'idée qui doit dominer dans cette définition. *Nous ne disons pas simplement qu'il s'agit de régler les intérêts pécuniaires des époux, parce que nous donnerions ainsi une formule vague, qui ne mettrait en relief ni la nature ni le but du contrat. Nous considérons, avec l'article 1387, la convention comme un contrat de société, et nous ajoutons, pour préciser, que par ce contrat de société les époux règlent la contribution de chacun d'eux aux charges du mariage.* » (30).

Dans le dernier quart du xix^e siècle se produit le déclin de l'Ecole de l'Exégèse. Avec Guillouard, continuateur de De-

(29) Rodière et Pont, *Traité du contrat de mariage et des droits respectifs des époux*, I, nos 1 et 32.

(30) Colmet de Santerre, sur Demante, VI, n^o 2 bis.

molombe, on tombe dans l'obscurité : « Le contrat de mariage, déclare-t-il, peut être défini : le règlement des intérêts pécuniaires des époux. » ⁽³¹⁾. Le Traité de Baudry-Lacantinerie prolonge, ici comme ailleurs, le courant exégétique ⁽³²⁾. « Le mariage *associe* deux existences. Mais la *société de personnes* qu'il établit ne va pas sans une *société d'intérêts*. En effet, le mariage fait naître des charges communes aux-deux conjoints. Une famille nouvelle se fonde; il faut régler son budget, l'alimenter, pourvoir à l'entretien des époux, à l'entretien et à l'éducation des enfants, déterminer comment et dans quelle mesure chaque époux contribuera à ces charges. Il importe également de ménager aux époux ou à leurs héritiers les moyens... de parer aux dangers de cette sorte de confusion de fait qui, surtout à l'égard des meubles, se produit aisément durant la vie commune des époux... C'est à bon droit que l'usage et la loi ont réservé le terme « contrat de mariage » pour désigner l'ensemble des conventions que les futurs époux font, en vue de régler, quant aux biens, leur association conjugale ou, si on le veut, en vue du règlement de leurs intérêts pécuniaires pendant le mariage et à sa dissolution. » ⁽³³⁾. Huc ne sort pas davantage de ces prudentes généralités : « Le Code,

(31) Guillouard, *Traité au contrat de mariage*, I, n° 1. Il ajoute ces déclarations dont quelques passages sont à souligner : « L'importance de cette convention résulte du but même qu'elle se propose : le mariage va fonder une famille nouvelle, *le contrat de mariage en sera la législation*, au point de vue des intérêts pécuniaires... A la différence des contrats ordinaires, qui n'obligent que les parties, et qui ne nuisent ni ne profitent aux tiers, *le contrat de mariage intéresse tous ceux qui seront appelés à traiter avec les époux, ou avec l'un d'eux* : créanciers chirographaires ou hypothécaires, acquéreurs soit du mari, soit de la femme... Nous pouvons donc dire, sans exagération, que le contrat de mariage est le plus important des contrats pécuniaires, eu égard à la multiplicité des intérêts qu'il met en jeu. »

(32) Comp. de Folleville, *Traité du contrat pécuniaire de mariage*, n° 1.

(33) Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, *Du contrat de mariage*, I, nos 6-7. — La formule finale se retrouve en substance dans le *Précis* de Baudry-Lacantinerie, III, n° 1.

déclare-t-il, ouvre la série des titres spéciaux dont nous venons de parler par celui qui est consacré au contrat de mariage, c'est-à-dire à la convention d'intérêt privé qui a pour objet la réglementation des intérêts pécuniaires des deux conjoints respectivement engagés au regard l'un de l'autre. » (34).

§ 2. — *L'Ecole scientifique.*

L'Ecole scientifique, qui triomphe de nos jours, a eu au XIX^e siècle des précurseurs, parmi lesquels il faut citer Wolowski. Wolowski a écrit, dans la *Revue de législation et de jurisprudence*, entre 1846 et 1852, une série d'articles sous le titre *De la société conjugale* (35). Mais si ces articles sont très remarquables au point de vue historique, on ne peut en dire autant au point de vue organique. Sans doute l'expression « société conjugale » y est-elle prise dans une acception moins vague que chez la plupart des Exégètes; sans doute y est-elle délimitée au regard de l'association au moyen de la notion de bénéfice, dont l'importance est mise en relief. Seulement, Wolowski semble restreindre son explication au seul régime de communauté, et, d'autre part, en réaction outrancière contre les tendances exégétiques, il laisse régner la plus dangereuse des confusions entre le mariage et le régime matrimonial. C'est pourquoi il est impossible de considérer son œuvre comme résolvant la nature juridique du régime matrimonial.

Quant aux auteurs de l'Ecole scientifique moderne, sans trouver dans leur méthode et dans leur doctrine la même excuse que les Exégètes, il faut bien avouer qu'ils ne sont

(34) Huc, *Commentaire du Code civil*, IX, n° 2.

(35) Wolowski, *De la société conjugale* (*Revue de législation et de jurisprudence*, t. XXV, 1846, p. 164; t. XLIII, 1852, p. 5 et 321; t. XLIV, 1852, p. 5).

pas parvenus à des résultats plus décisifs ⁽³⁶⁾. On leur doit cependant un progrès tangible : de plus en plus, la notion de régime matrimonial est étudiée à la place de la notion de contrat de mariage; de plus en plus, elle se substitue à celle-ci dans les titres et les rubriques des ouvrages de droit civil ⁽³⁷⁾.

Dans son *Traité élémentaire*, M. Planiol donne de brèves explications sur la notion de régime matrimonial, mais il ne la définit pas ⁽³⁸⁾. Il définit, au contraire, le contrat de mariage : « On appelle contrat de mariage la convention par laquelle les époux constatent leurs conventions pécuniaires et règlent eux-mêmes leur *régime matrimonial*. » ⁽³⁹⁾. En d'autres termes, M. Planiol résout proprement la question par la question.

MM. Colin et Capitant, dans leur *Cours élémentaire*, se sont attachés d'emblée à définir le régime matrimonial : « On désigne sous le nom de régime matrimonial, écrivent-

(36) Même l'éminent fondateur de l'Ecole scientifique moderne, M. Gény, ne semble pas avoir une conception très nette sur la nature juridique du régime matrimonial : « Nécessairement, et pour ainsi dire essentiellement, expose-t-il, le mariage, ne fût-ce que pour l'exécution matérielle des devoirs qu'il engendre, implique une certaine association quant aux biens, qui se traduit, peu ou prou, dans ce qu'on est convenu d'appeler le régime des biens entre époux, ou régime matrimonial. Normalement, et en quelque façon naturellement, ce régime matrimonial « s'informe » soit en une réunion, dans la même main, des deux patrimoines pour être l'objet d'une administration homogène et grevée des charges communes, soit en une communauté plus ou moins étendue, fusionnant dans une masse commune tout ou partie des patrimoines respectifs. » (*Contribution à l'étude de la question des biens réservés*, p. 6, *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1902, p. 161.) Le terme d'association est toujours détourné de son sens technique, et cela, circonstance aggravante, sous l'empire de la loi du 1^{er} juillet 1901. Un article de la *Revue trimestrielle* 1930, p. 653 et suiv.) révèle incidemment chez M. Gény une pensée peu différente, on le verra, de celle qu'il avait exprimée trente ans auparavant.

(37) Comp. Planiol, *Traité élémentaire* (avec la collaboration de M. Ripert), III, n° 763. — C'est ainsi que le *Traité du contrat de mariage*, de Baudry-Lacantinerie, est devenu, dans la dernière édition, le *Traité du contrat de mariage « ou des régimes matrimoniaux »*.

(38) Planiol, *Traité élémentaire*, III, nos 762-775.

(39) Planiol, *Traité élémentaire*, III, n° 776.

ils, l'ensemble des règles qui fixent les rapports pécuniaires des époux pendant le mariage, les droits des tiers qui traiteront avec eux ou deviendront pour une autre cause leurs créanciers, et, enfin, les droits respectifs de chaque époux au jour de la dissolution du mariage. » ⁽⁴⁰⁾. Le régime matrimonial est donc un ensemble de règles de droit, c'est-à-dire, semble-t-il, une institution juridique ⁽⁴¹⁾. Cela est parfaitement admissible; seulement le reste de la définition ne nous apprend rien, car il se réduit à une énumération descriptive de quelques effets (essentiels ou secondaires) du régime matrimonial. « Le régime matrimonial, ajoutent les deux juristes, constitue *la loi* qui va régler toutes les questions d'ordre pécuniaire auxquelles donnera naissance l'union des deux époux. » Ainsi le régime matrimonial ne serait plus une institution juridique, mais une loi. Ce n'est pas, évidemment, une loi au sens que donne à ce vocable le droit constitutionnel : ni une loi au sens formel, ni même une loi au sens matériel. Il s'agit d'une simple analogie, qui n'est pas, d'ailleurs, sans précédent ⁽⁴²⁾, ou, peut-être, d'une allusion à ce que certaines théories du Droit public nomment des conventions-lois. Cette dernière supposition est d'autant plus plausible que M. Demogue, de son côté, range le contrat de mariage parmi les « contrats et actes de réglementation ou lois-conventions » ⁽⁴³⁾. Il n'est pas douteux que l'emploi de cette

⁽⁴⁰⁾ Colin et Capitant, *Cours élémentaire de Droit civil français*, III, 4^e éd., p. 1.

⁽⁴¹⁾ Bonnecase, *Introduction à l'étude du Droit*, 2^e éd., n° 43.

⁽⁴²⁾ L'emploi des mots « loi », « charte », etc., pour qualifier le contrat de mariage, est depuis longtemps classique. On a déjà rencontré ces comparaisons chez Guillouard et Odier, et on en trouvera un inventaire au *Répertoire des Pandectes françaises*. v° *Mariage*, n° 2590. La théorie du contrat de mariage-convention-loi a été défendue tout au long, avant la lettre, par Bertauld à propos de la nullité du contrat de mariage pour incapacité (*Questions pratiques et doctrinales de Code Napoléon*, I, n°s 598 et suiv.). — Comp. Ray, *op. cit.*, p. 283-284.

⁽⁴³⁾ Demogue, *Traité des obligations en général*, chap. XV, t. II, n° 904.

terminologie nouvelle et controversée apporte des complications inutiles dans un problème déjà suffisamment complexe en lui-même.

La définition du *Traité pratique* de MM. Planiol, Ripert et Nast est à la fois plus brève et plus suggestive; la voici : « Le régime matrimonial est le *statut* qui règle les intérêts pécuniaires des époux, soit dans leurs rapports entre eux, soit dans leurs rapports avec les tiers. » (44). Mais que faut-il entendre par « statut » ? Le mot (du moins au pluriel) a une acception technique bien connue dans le droit des *sociétés* comme dans le droit des *associations*. Les trois auteurs ont-ils voulu par là rapprocher de la société ou de l'association le régime matrimonial ? (45). Nous n'osons pas l'affirmer. Il se trouve, en effet, que le terme de statut a, dans un vocabulaire publiciste en vogue, une acception particulière. « Il y a, dit M. Georges Renard, deux espèces de situations juridiques individuelles : les droits actifs et passifs qui se déduisent de notre appartenance à telle ou telle institution et qui sont simplement le reflet de celle-ci sur ses membres, je les appelle *situations objectives ou statuts*... La distinction du droit subjectif et du statut n'est... qu'un nouvel aspect de ce dualisme fondamental sur lequel je fais reposer la science du Droit et qui retentit, coup sur coup, dans tous les départements de l'économie juridique : la personne et l'institution. » (46). Il n'est pas bien sûr que MM. Planiol, Ripert et Nast n'aient pas été influencés par cette idée. En tout cas, leur définition est caractéristique du trouble qui pèse, quant à la déter-

(44) Planiol, Ripert et Nast, *Traité pratique de Droit civil français*, t. VIII (*Régimes matrimoniaux*), n° 1.

(45) On le croirait d'autant plus volontiers qu'il est dit dans une autre partie du *Traité pratique* (Planiol, Ripert et Rouast, II, *La famille*, n° 70) que « le mariage crée une *association* entre les deux époux tenus à des obligations réciproques ».

(46) Georges Renard, *La théorie de l'institution. Essai d'ontologie juridique*, 1^{er} volume, p. 329 et 333. ●

mination de la nature juridique du régime matrimonial, sur l'Ecole contemporaine du droit privé.

Tout en adoptant un plan original, qui met en vedette le régime légal et fait passer au second plan le contrat de mariage, M. Josserand se contente, dans son *Cours de droit civil positif français*, de combiner les données de ses prédécesseurs : « On entend, dit-il, par régime matrimonial le statut qui régit les intérêts pécuniaires des époux. » (47). Plus loin il déclare : « Le contrat de mariage est peut-être, de tous les contrats, celui qui justifie le moins cette appellation, car il n'est pas nécessairement productif d'obligations; son objet constant est de déterminer le statut qui régira l'association conjugale au point de vue pécuniaire, d'instituer la charte patrimoniale des époux, leur régime matrimonial. » (48). Statut, association, charte; est-on dans le domaine des métaphores, ou ces mots ont-ils une portée technique ? Un doute plane toujours.

SECTION II

CONSÉQUENCES QUI DÉCOULENT DE LA PRÉCÉDENTE SECTION QUANT À LA DÉTERMINATION DE LA NATURE JURIDIQUE DES DIVERS TYPES DE RÉGIMES MATRIMONIAUX

§ 1. — *Insuffisance des solutions doctrinales.*

Il est extrêmement difficile, ainsi que l'on peut s'en rendre compte, d'extraire de l'œuvre de la doctrine une définition du régime matrimonial en général, que l'on puisse projeter ensuite sur les divers types de régimes matrimoniaux, de manière à en éclairer la nature juridique. Sous réserve de quelques exceptions signalées, tou-

(47) Josserand, *Cours de Droit civil positif français*, III, n° 2.

(48) Josserand, *op. cit.*, III, n° 367.

tes les définitions proposées sont purement descriptives, donc inutilisables. Dire que le contrat de mariage est le contrat par lequel les futurs époux règlent leurs intérêts pécuniaires, que le régime matrimonial est l'institution juridique qui régit ces intérêts, c'est comme si l'on disait, par exemple, que le nantissement est le contrat par lequel un créancier assure la garantie de sa créance, que l'hypothèque légale des mineurs est l'institution qui sauvegarde leurs droits. Une définition scientifique ne peut qu'aboutir à une classification ⁽⁴⁹⁾. Elle doit se faire, selon les principes de la logique, par le genre le plus proche et la différence spécifique; en d'autres termes, elle doit classer le concept défini dans une catégorie donnée et indiquer le critère par lequel il se différencie des autres concepts de la même catégorie. Ici les auteurs laissent entendre que le genre le plus proche est le contrat en ce qui concerne le contrat de mariage, l'institution juridique en ce qui concerne le régime matrimonial; c'est-à-dire qu'il y aurait là un contrat se suffisant à lui-même et une institution juridique entièrement autonome. Seulement personne ne se donne la peine de le prouver. Or, « avant de reconnaître sa pleine autonomie à une institution, il faudrait véritablement établir que, dans la hiérarchie des notions juridiques, elle est totalement étrangère à des notions d'ordre plus compréhensif » ⁽⁵⁰⁾. Cela est d'autant moins démontré en l'espèce que les juristes, on l'a déjà vu, laissent constamment échapper des allusions aux notions de société et d'association, dès qu'il s'agit de qualifier le régime matrimonial. Il y a là un indice précieux, qui peut servir à orienter les recherches.

(49) Lalande, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, 1926, V^o *Classification* : B. Manière d'ordonner entre eux des concepts suivant certaines relations qu'on veut mettre en évidence : relation de genre à espèce, relation de tout à partie; relations de généalogie, de hiérarchie, etc.

(50) J. Bonnecase, *Supplément au Traité de Baudry-Lacantinerie*, IV, n^o 201.

§ 2. — *Adoption provisoire du point de vue contractuel.*

Ces recherches se révèlent cependant tellement complexes que nous croyons devoir recourir, dans une certaine mesure, à la méthode des approximations successives. C'est au point de vue contractuel que la plupart des auteurs étudient le régime matrimonial; c'est aussi à ce point de vue que le titre IX du Code civil et la loi du 1^{er} juillet 1901, ainsi que leurs interprètes, envisagent respectivement la société et l'association. Nous allons adopter provisoirement, pour cette première partie, le même point de vue, ce qui revient à faire abstraction de la notion de régime matrimonial (quitte à la réintroduire postérieurement dans la discussion), et à ne plus considérer que la notion de contrat de mariage. Plus exactement, nous allons regarder chaque type de régime matrimonial comme faisant en quelque sorte corps avec un contrat de mariage.

L'énoncé du problème examiné dans ce chapitre est dès lors tel : le contrat de mariage constitue-t-il une espèce autonome de contrat, ou n'est-il, au contraire, qu'une variété d'une autre espèce de contrat ? La première solution est admise, nous le savons, par la quasi-unanimité de la doctrine. Née de l'Exégèse, elle repose sur cette idée que le compartimentage des contrats auquel s'est livré le Code civil traduit fidèlement la réalité et que le Code a donné à l'autonomie des contrats principaux une consécration suprême en les encastrant dans autant de divisions matérielles distinctes, et surtout en les individualisant par un nom. En tant que la distinction subsiste, il ne semble pas douteux, dans cette opinion, que le contrat de mariage est un contrat nommé, donc individualisé au premier chef (31).

(31) Il y a pourtant sur ce point des réticences, témoin le passage suivant de Demolombe (*Traité des contrats*, XXIV, n° 29) : « S'agit-il d'un contrat nommé pour lequel le Code Napoléon a posé des règles particulières, tel que la vente, l'échange, le louage, la société, etc. ? il faut appli-

Seulement, tout cela suppose qu'il est possible au législateur de créer des contrats spéciaux en nombre illimité. Or, si l'opinion dominante est bien en ce sens ⁽⁵²⁾, la négative est enseignée avec énergie par M. Planiol ⁽⁵³⁾ dans une théorie qu'il importe de résumer.

D'après le savant auteur, « il faut partir de cette idée que, si l'on veut classer les contrats selon leurs affinités naturelles, à peu près comme on range des animaux dans les vitrines d'un muséum, on doit se régler sur des caractères élémentaires, tels que ceux qui servent à distinguer, en histoire naturelle, les vertébrés des mollusques, ou les oiseaux des reptiles et des mammifères. Or, quand on examine les prestations de toute nature que les particuliers se promettent les uns aux autres dans leurs contrats, on voit qu'elles ont toujours pour objet ou un travail, ou une chose, ou un droit. Pour chacune de ces trois catégories d'objets, il est possible de faire des contrats différents, et une revue, même rapide, des contrats usuels permet de se rendre compte que, quand la prestation principale ne varie pas, les différentes espèces de contrats se distinguent les unes des autres : 1° par l'existence ou l'absence d'une contre-prestation; 2° par la nature variable de cette contre-prestation, lorsqu'elle existe » ⁽⁵⁴⁾. Avec ce point de départ, M. Planiol a élaboré une sorte de tableau de classification synthétique des contrats ⁽⁵⁵⁾. Mais, remarque très curieuse,

quer les règles particulières, de préférence aux règles générales. » Cette façon d'escamoter en quelque sorte, dans l'énumération des contrats nommés (c'est-à-dire, d'après Demolombe, pourvus d'une réglementation spéciale), le premier de ces contrats est assez significative quant à la prétendue autonomie du contrat de mariage.

(52) En ce sens, voir Demogue, note au S., 1908. 1. 83, 1^{re} col. (et les références).

(53) Planiol, *Classification synthétique des contrats* (Revue critique, 1904, p. 470 et suiv.) et *Traité élémentaire*, II, n° 1352 bis : « Les éléments spécifiques qui servent à distinguer les différents contrats sont peu nombreux et ne peuvent former que des combinaisons en nombre défini. »

(54) Planiol, *Traité*, loc. cit.

(55) Comp. Demogue, *Traité des obligations*, II, n° 917 quater.

alors que, dans ce tableau, figurent la plupart des contrats spéciaux énumérés par le livre III du Code civil, *on y chercherait vainement le premier de tous, et non le moindre : le contrat de mariage*. M. Planiol ajoute, il est vrai : « Il est possible que, dans l'énumération que j'ai présentée, j'aie oublié quelque convention réalisable, la faute en sera à mes prévisions incomplètes, non au principe de classification adopté. Il doit les contenir toutes, comme une table de Pythagore fournit, au point de rencontre de deux colonnes, le résultat de la multiplication de deux nombres quelconques. » ⁽⁵⁶⁾. Il n'empêche que l'omission est très significative de l'embarras, qui saisit les juristes, quand ils ont à définir scientifiquement le contrat de mariage. Serait-ce que le contrat de mariage constitue un de ces « contrats complexes » (ou combinaisons de contrats) dont M. Planiol réserve expressément le cas ? ⁽⁵⁷⁾. Sans doute, la pratique insère-t-elle parfois dans les contrats de mariage des conventions disparates, telles que donations, ventes, constitutions d'hypothèques ⁽⁵⁸⁾. Mais nous n'avons pas à nous occuper de ces circonstances de fait; ce que nous envisageons, c'est un contrat de mariage portant adoption d'un type déterminé de régime matrimonial, donc se présentant avec un caractère indéniable de simplicité et d'unité. On en revient ainsi à la question : en quel endroit de la classification synthétique des contrats le contrat de mariage doit-il prendre place ? Dans le contrat de mariage, chaque partie fait une prestation, qui peut porter indifféremment sur un travail, sur une chose, ou sur un droit : par exemple, chaque époux peut mettre en communauté son industrie, ses biens, ses créances. Cela restreint considérablement le champ des investigations. Seul, dans la clas-

(56) Planiol, *Revue critique*, p. 480.

(57) Planiol, *Traité*, *loc. cit.*, en note.

(58) Comp. Aubry et Rau, VII, § 501, note 1.

sification de M. Planiol, le contrat de société semble présenter cette double caractéristique de comprendre des prestations réciproques, dont chacune puisse avoir pour objet soit un travail, soit une chose, soit un droit ⁽³⁹⁾. L'impression se confirme, lorsque l'on examine de plus près le contrat de mariage en tant qu'il affecte la propriété des époux, conformément au point de vue du livre III du Code civil. On constate que les modifications qui en résultent sont non pas définitives, mais temporaires, puisqu'elles doivent cesser en principe à la dissolution du mariage. Cela nous ramène au contrat de société. « La constitution d'un usufruit et la mise en société, dit M. Planiol, bien que prenant la forme d'une transmission de droits réels, constituent encore des conventions ayant pour objet la prestation temporaire d'une chose. Pour l'usufruit, qu'il soit créé à titre onéreux ou à titre gratuit, entre vifs ou par décès, le caractère temporaire de la prestation est évident; pour la mise en société, sans être aussi visible, ce caractère est néanmoins facile à reconnaître. L'acte se présente sous l'apparence d'une aliénation au profit de la personne morale appelée « société », mais cette aliénation n'est pas perpétuelle, et l'associé se réserve le droit de reprendre sa part de l'actif social après la dissolution de la société, ce qui sera pour lui la restitution de son apport, soit en nature, soit par équivalent. En définitive, la société, qui est toujours temporaire, n'aura eu que la jouissance passagère de l'actif apporté par ses membres. Lorsque le contrat exclut ce droit de reprise, qui caractérise l'association, il y a fondation ou donation au profit

(39) M. Planiol cite sans doute l'échange comme pouvant porter sur des droits ou des travaux aussi bien que sur des choses; mais il détourne alors le mot de sa signification technique (art. 1702), ainsi qu'il appert de sa propre déclaration (*Rev. critique*, p. 470) : « (les contrats sont dits) à titre gratuit ou à titre onéreux selon qu'il y a ou non *échange* de prestations. » On sait que, dans la langue des économistes, tous les contrats à titre onéreux sont des échanges au sens large.

d'une personne morale, c'est-à-dire aliénation définitive. » ⁶⁰). Retenons en passant le rapprochement ainsi établi, à un point de vue en quelque manière anatomique, entre la constitution d'usufruit et la mise en société; nous en faisons d'avance notre profit, pour le moment où il s'agira d'éclaircir la nature juridique du régime dotal et du régime sans communauté.

Si nous avons fait longuement état de la tentative de M. Planiol, ce n'est point qu'elle soit irréfutable. On peut même se persuader qu'elle appelle, dans ses prémisses aussi bien que dans ses déductions, des objections décisives. Seulement il importait d'en dégager une leçon : à savoir que, *une fois que l'on a décomposé les contrats en segments primaires, on est fatalement conduit à identifier le contrat de mariage avec le contrat de société*. L'observation la plus superficielle corrobore cette identification. Contrat de mariage et contrat de société apparaissent tous deux comme occupant une certaine durée dans le temps et une certaine étendue dans l'espace : ce sont des contrats successifs, et non instantanés (caractère qui, sans leur être particulier, leur est inhérent); ce sont aussi des contrats dont l'existence s'impose aux tiers. Ils attirent presque automatiquement une comparaison en ce que, tranchant sur les autres contrats, ils se présentent accompagnés, disons le mot, d'une même apparence *d'organisme*.

§ 3. — *Portée réelle que doit offrir la détermination de la nature juridique du régime matrimonial.*

Cette sorte de morphologie juridique nous autorise à énoncer, à l'instar de Colmet de Santerre, une proposition liminaire, quitte à la justifier en détail : *le contrat de*

(60) Planiol, *Revue critique*, loc. cit., p. 476

mariage est un contrat de société ou, pour qui regarde par-dessus le paravent du contractuel, *le régime matrimonial est une société*. Dès lors, nous savons de quel côté doivent être dirigées les recherches concernant la nature juridique de chaque type de régime matrimonial.

Ce terme de société doit être bien compris : il est employé ici dans son acception technique précise. Une première confusion à éviter (et la classification de M. Planiol ne semble pas y réussir) est celle de la société et de l'association. On peut, à certains égards, englober la société dans la classe des associations *lato sensu* ⁽⁶¹⁾. Mais l'expression « association » a pris, au cours du xix^e siècle, un sens étroit, qui est son véritable sens technique depuis la loi du 1^{er} juillet 1901, et par lequel elle s'oppose au mot « société » sous le rapport de la notion de but ⁽⁶²⁾. En disant que le contrat de mariage est un contrat de société, nous affirmons du même coup qu'il n'est pas un contrat d'association; c'est une assertion que peut seul légitimer l'examen détaillé de chaque régime matrimonial; d'ores et déjà, elle nous met en opposition de forme ou de fond avec beaucoup d'auteurs, qui parlent d'association conjugale, sans qu'on puisse savoir s'ils emploient ce vocable

(61) Comp. Bonnecase, *Introduction à l'étude du Droit*, 2^e éd., nos 18 et 21.

(62) Le *Vocabulaire juridique*, publié sous la direction de M. Capitant, distingue ces deux acceptions. V^o *Association* : « I. Dans un sens général, groupement permanent de personnes mettant en commun leurs connaissances, leur activité et leurs ressources, en vue d'un but déterminé. II. Dans la législation française : 1^o groupement permanent de personnes mettant en commun leurs connaissances, leur activité et leurs ressources, en vue d'un but qui n'est pas exclusivement ou principalement patrimonial. Dans ce sens, l'association s'oppose à la société... (L. 1^{er} juill. 1901, art. 1^{er}). Certaines associations (syndicats professionnels, sociétés de secours mutuels, associations syndicales) étant soumises par la loi à un régime spécial, on réserve souvent le nom d'association aux groupements régis par les deux premiers titres de la loi du 1^{er} juillet 1901, qui constituent le Droit commun de l'association en France... III. Convention par laquelle deux ou plusieurs personnes forment l'association (L. 1^{er} juill. 1901, art. 1^{er}). »

au sens large ou au sens strict. Une autre confusion n'est pas moins dangereuse. Ce qui frappe les yeux dans la société, c'est le groupement des individus. De là une tendance à apercevoir une société dans toute institution juridique au sein de laquelle deux individus se trouvent rapprochés. Or, il y a une infinité de situations qui réunissent deux personnes sans que cela constitue une société. Dans tout contrat, il y a deux contractants. Tout rapport d'obligation suppose deux sujets de droit. Certaines modalités de la propriété, certains de ses démembrements, établissent une concurrence ou une coexistence de droits sur la même chose. C'est ainsi que, sous l'influence des économistes, on en est venu à analyser le louage de services en une société; c'est ainsi qu'on n'a pas manqué de confondre des notions aussi distinctes que société, copropriété et indivision. Troplong a signalé cette extrême facilité des comparaisons vagues auxquelles le mot « société » se prête : « Le mot « société », pris dans son acception la plus large, déclare-t-il, s'éloigne beaucoup du sens restreint que lui donne l'article 1832 du Code civil. Non seulement il s'applique aux réunions d'hommes vivant en corps de nation, sous l'influence des mêmes lois et d'une même civilisation, mais il comprend encore *toute communion de choses matérielles ou intellectuelles, toute participation à des intérêts, à des affections, à des plaisirs mis en commun. C'est dans ce sens que les époux sont appelés associés, socii; que la communauté opérée par le fait de l'homme ou par le fait de la nature est nommée société* par les lois romaines, quoiqu'il y ait une différence notable entre la société qui fait l'objet de ce titre et la simple communauté. » ⁽⁶³⁾. Ce n'est pas au prix de cette extension démesurée et, par conséquent, de cette déformation du

(63) Troplong, *Traité du contrat de société*, I, n° 1. Comp. Felicius : *De societate, præmium*, n°s 23 et suiv., et Pont, *Traité des sociétés*, I, n° 3.

concept de société que nous comptons y faire entrer le contrat de mariage et les régimes matrimoniaux.

Cela nous conduit à préciser la portée du rapprochement ainsi opéré entre régime matrimonial et société. Ce que nous cherchons à démontrer, *ce n'est pas un simple rapport d'analogie* entre les deux notions. L'analogie, dans son sens courant, est une « ressemblance plus ou moins lointaine, particulièrement entre choses qui ne se ressemblent pas dans leur aspect général et qui ne peuvent être subsumées sous un même concept »⁽⁶⁴⁾. Le raisonnement par analogie n'est pas ici de mise, parce qu'il est toujours hypothétique dans ses résultats⁽⁶⁵⁾, alors que la nature juridique d'une institution ne peut se résoudre en une hypothèse. L'analogie ne serait, d'ailleurs, en l'espèce, qu'une métaphore et ressortirait à la littérature, mais non à la science du droit. Ce que nous visons à établir, *c'est un rapport de classification*; en d'autres termes, nous estimons que le régime matrimonial et la société peuvent être subsumés sous un même concept⁽⁶⁶⁾. Ce point est très important, car il serait rationnellement impossible de déduire d'une simple analogie les conséquences à la fois scientifiques et pratiques que l'on verra ultérieurement, et qui impriment une physionomie nouvelle aux divers types de régimes matrimoniaux.

Ayant ainsi dégagé, à l'occasion de la notion abstraite de régime matrimonial, un grand nombre de directives,

(64) Lalande, *op. cit.*, V^o Analogie, E. — Comp. V^o Analogue : « Qualificatif d'un terme qui est par rapport à un autre dans la même relation qu'un troisième par rapport à un quatrième; ce rapport pouvant être soit un rapport de grandeur mathématique (ce qui paraît être le sens primitif du mot), soit un rapport de situation, de durée, de finalité, etc. — « Le réseau télégraphique est analogue au système nerveux », c'est-à-dire est à un pays ce que le système nerveux est à un organisme. »

(65) Voir sur ce point Rabier, *Logique*, chap. xiv.

(66) Lalande, *op. cit.*, V^o Subsumer : « Penser un individu comme compris dans une espèce ou une espèce comme comprise dans un genre, considérer un fait comme l'application d'une loi. »

il nous sera plus facile de rechercher, toujours sous l'angle contractuel, si chaque type de régime matrimonial ne se ramène pas, dans sa structure comme dans son fonctionnement, au contrat de société. Contrairement à l'ordre suivi par le Code civil et par ses commentateurs, nous commencerons cette étude par le régime de séparation de biens. Dans ce régime, en effet, la société conjugale (comme nous l'appellerons désormais) est réduite à son minimum, tellement que son existence même est contestée. C'est donc l'endroit le plus litigieux de notre démonstration. En nous y attaquant d'emblée, nous allégerons d'autant notre tâche ultérieure.

CHAPITRE II

LA NATURE JURIDIQUE DU REGIME DE SEPARATION DE BIENS

Avant d'aborder la nature juridique du régime de séparation de biens, deux observations sont indispensables :

1° Ce qui va être dit ci-dessous s'applique avec une égale force à la séparation de biens conventionnelle et à la séparation de biens judiciaire⁽¹⁾. Il n'y a pas, selon la remarque de M. Planiol⁽²⁾, deux régimes de séparation de biens, mais seulement deux causes susceptibles d'établir un tel régime; or ici, encore une fois, nous faisons abstraction du mécanisme par lequel le régime matrimonial est mis en mouvement. Les différences que l'on relève traditionnellement entre la séparation conventionnelle et la séparation judiciaire, en ce qui concerne la quotité de la contribution de la femme (art. 1537 et 1448) et l'immutabilité du régime (art. 1395 et 1451), n'affectent en rien la substance de cette étude. Il n'est pas douteux que la réglementation des articles 1536 à 1539 doit être complétée par celle des articles 1448 à 1450⁽³⁾. Notamment la disposition capitale du second alinéa de l'article 1448,

(1) Mais non à la séparation de biens accessoire à la séparation de corps. V. plus bas, p. 75.

(2) Planiol, *Traité élémentaire* III, n° 1427.

(3) Aubry et Rau, VII, § 499 : 4^e règle d'interprétation.

écrite pour la séparation judiciaire, paraît devoir s'appliquer à la séparation contractuelle; cela n'est au fond contesté ni en doctrine ⁽⁴⁾, ni en jurisprudence ⁽⁵⁾.

2° En étudiant le régime de séparation de biens, nous étudions du même coup ce que l'on appelle le régime dotal sans dot ou régime de paraphernalité générale. Il s'agit là de deux catégories juridiques purement formelles. Dès que l'on consent à se placer hors de l'atmosphère historique, leur identité de structure apparaît ⁽⁶⁾. On est d'accord, du reste, pour admettre une compénétration des deux régimes en ce qui touche les articles 1430, 1539, et 1577 à 1580. Or ces dispositions, tout au moins dans l'opinion de quelques auteurs, seraient influencées par une idée de société; c'est pourquoi ce point méritait d'être signalé dès le principe.

(4) La doctrine est unanime en ce sens : Si, à raison de la ruine du mari, il devient impossible de faire vivre le ménage avec la quotité de revenus fixée par le contrat ou par l'article 1537, alors que, de son côté, la femme a des ressources suffisantes, les tribunaux, appréciant la situation (*ex bono et æquo*, ajoute-t-on souvent, ce qui est superflu), pourront augmenter la contribution de la femme ou même décider que celle-ci supportera l'intégralité des dépenses (Aubry et Rau, VIII, § 532, texte et note 4; Rodière et Pont, III, n° 1990; Troplong, IV, n° 3699; Marcadé, sur les articles 1536-1537, n° II; Colmet de Santerre sur Demante, VI, n° 207 bis; Laurent, XXIII, nos 449-450; Guillouard, III, n° 1681; Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, III, n° 1485). Seulement les auteurs invoquent en général directement l'obligation de secours (art. 212) et l'obligation d'élever les enfants (art. 203), sans passer par l'article 1443, 2° al., qui n'est du reste que la mise en œuvre de ces obligations. Ils laissent ainsi supposer que les obligations légales naissant du mariage n'entrent en jeu qu'après avoir anéanti le régime matrimonial, alors qu'en réalité elles contribuent à donner au régime sa physionomie. Duranton (XV, n° 301) semble mieux inspiré en voyant dans la solution préconisée la résultante de la combinaison des articles 212 et 1448.

(5) La solution reçue en doctrine a été sanctionnée par la Cour de cassation (Req., 2 juill. 1851, S., 51. 1. 509). Cet arrêt, comme l'arrêt de la Cour de Caen, qu'il confirme, base directement sa décision sur les articles 203 et 212. — Comp. Paris, 20 mars 1850 (S., 50. 2. 388).

(6) En ce sens : Rodière et Pont, III, n° 2088; Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, III, n° 1544. Voir spécialement pour l'extension de l'article 1430, ces derniers auteurs, III, n° 1529, et les références.

SECTION PREMIERE

LA NATURE JURIDIQUE DU RÉGIME DE SÉPARATION DE BIENS DEVANT LA DOCTRINE

§ 1. — *Théorie classique.*

Il existe, sur la nature juridique du régime de séparation de biens, une théorie que l'on peut qualifier de classique, et qui est purement négative. Cette théorie n'enseigne pas ce qu'est la séparation de biens, mais ce qu'elle n'est pas. Elle la définit comme l'absence de toute communauté de biens entre époux, comme la négation absolue des idées de société et d'association.

Les représentants de l'École de l'Exégèse sont quasi unanimes à adopter cette conception. Il serait oiseux de citer tous les développements, en général dépourvus de vigueur, dans lesquels ils l'expriment⁽⁷⁾. « Les deux époux, dit par exemple Marcadé, sont à considérer, quant à leurs biens, comme étrangers l'un à l'autre. »⁽⁸⁾ « Ce régime, déclare Laurent, est le contre-pied de la communauté; il n'y a rien de commun entre les époux en ce qui concerne leurs intérêts; le mari n'a pas même l'administration et la jouissance des biens de la femme, le seul lien pécuniaire qui existe entre les époux, c'est que la femme remet à son mari le tiers de ses revenus comme contribution aux charges du mariage. »⁽⁹⁾. Ainsi la séparation de biens ne produirait aucun effet sur les patrimoines des conjoints; ce serait un sorte de néant juridique. Cependant, après cette affirmation de principe, les auteurs sont bien forcés de constater que, même au point de vue patri-

(7) Comp. Toullier, XII, n° 3; Duranton, XIV, n° 1 (passage cité, p. 28, note 19); Aubry et Rau, VIII, § 516; Taulier, V, p. 222 et suiv.; Guillouard, III, n° 1672; Odier, nos 7 et 974; Rodière et Pont, III, n° 2087.

(8) Marcadé, VI, sur les articles 1536-1537, nos 1 et 2.

(9) Laurent, XXIII, n° 472.

monial, il se crée entre époux séparés des rapports de droit, tels que l'obligation de contribuer aux charges du mariage. Seulement, ils étudient la réglementation de ces rapports en elle-même, sans se préoccuper de la rattacher à un concept d'ordre plus général. Baudry-Lacantinerie illustre cette double tendance : « La séparation de biens, écrit-il d'abord, est, de tous les régimes, celui qui apporte le moins de changements à la situation antérieure au mariage. En effet, avant la célébration de leur union, les intérêts pécuniaires des époux étaient distincts, leurs biens séparés. Or, en imaginant que le contrat établit entre les conjoints la séparation, *il continuera d'en être ainsi pendant le mariage*. Non seulement il n'existera pas entre eux de fonds commun, il y aura exclusion de communauté, mais encore la femme gardera l'administration de ses biens personnels. C'est elle qui en percevra les revenus. » Puis le savant juriste ajoute : « Toutefois, il serait inexact de dire que la situation n'est point modifiée. Elle l'est même d'une façon très grave. Et c'est ici que nous pouvons voir, sans confusion possible, la transformation, qui est la conséquence légalement nécessaire de tout mariage. Un nouveau groupe familial vient de se fonder; la femme est sous la puissance de son époux. Elle peut, sans doute, librement administrer son patrimoine, mais il ne lui est pas permis, en principe, d'accomplir des actes de disposition sans y être autorisée par son mari ou par la justice. Ce n'est pas tout. Le mari est le chef du nouveau ménage. La loi, tout en lui accordant des droits à raison de cette qualité, lui impose aussi des obligations qui en sont la conséquence logique. Lui seul a le droit de choisir l'habitation commune (art. 214), de diriger l'éducation des enfants (art. 373). Il est, en principe, seul responsable envers les tiers des dépenses du ménage. » (10). En somme,

(10) Baudry-Lacantinerie, *Le Courtois et Surville*, III, n° 1477.

la nature juridique de la séparation de biens ne serait susceptible d'aucune explication positive : ce régime matrimonial apparaîtrait comme le maigre faisceau de quelques règles fragmentaires, que l'on ne saurait systématiser autour d'une notion dominante.

L'Ecole contemporaine persiste dans cette théorie négative. Qu'il nous soit permis de transcrire l'exposé de MM. Planiol, Ripert et Nast : « Les effets de la séparation de biens sont très simples. Puisqu'il n'y a aucune association d'intérêts entre les époux et que le mari n'a aucun droit sur les biens de la femme, les rapports pécuniaires des conjoints sont régis par les mêmes principes que ceux qui s'établissent entre personnes non mariées. » (11). Dans une diatribe dirigée contre la séparation de biens contractuelle, M. Savatier accentue cette idée : « La séparation de biens, dit-il, n'est pas à proprement parler un régime matrimonial, c'est, bien plus exactement, l'absence de régime matrimonial. » (12). La pensée de M. Gény n'est pas différente : « La séparation de biens ou la paraphernalité pure, lit-on chez lui, ... n'est pas tant un régime matrimonial proprement dit que l'absence effective de pareil régime, remplacé par un *modus vivendi* opérant une simple juxtaposition d'intérêts entre époux qui entendent supprimer entre eux toute véritable association de biens. » (13).

(11) Planiol, Ripert et Nast : II, n° 1009. — Comp. Planiol, *Traité élémentaire*, III, n° 1426; Colin et Capitant, *Cours élémentaire*, III, p. 247; Josserand, *Cours de Droit civil positif français*, III, n° 517.

(12) Savatier, *Dalloz hebdomadaire*, 1929, *Chronique*, p. 21. Comp. sur les inconvénients du régime de séparation de biens, Lerebours-Pigeonnière : *La séparation de biens et les mœurs françaises (Travaux juridiques et économiques de l'Université de Rennes, 1930, p. 79-99)*.

(13) Gény, *Les apports en immeubles aux associations déclarées et non reconnues d'utilité publique (Revue trimestrielle, 1930, p. 674)*.

§ 2. — *Première tentative de systématisation: la formule « la femme en pension chez le mari ». — Examen critique de cette formule.*

On rencontre pourtant chez un certain nombre d'auteurs (dont quelques-uns professent par ailleurs la théorie négative) une formule célèbre qui viserait à traduire la nature juridique du régime de séparation de biens : la femme séparée est en pension chez le mari. On attribue souvent⁽¹⁴⁾ la paternité de cette expression à Bourjon et à Pothier. Déclarons, à leur décharge, que les deux jurisconsultes n'ont rien dit de tel. Bourjon parle en ces termes : « La femme est tenue de fournir à son mari une *pension* convenable; devant contribuer aux charges du mariage, sa qualité, sa cohabitation, l'assujettissent à cet engagement »⁽¹⁵⁾; et Pothier : « Si la femme qui, en conséquence d'une séparation contractuelle, jouit séparément de ses biens refusait de contribuer aux charges du mariage, le mari pourrait la faire condamner à y contribuer. Le juge doit en ce cas régler la *pension* que cette femme doit payer à son mari avec qui elle demeure à une somme, eu égard à ses facultés et à sa qualité; il doit pareillement régler la somme pour laquelle elle doit contribuer aux aliments et à l'éducation des enfants communs. »⁽¹⁶⁾. Autre chose est qualifier pension (*pen-*

(14) V. par ex. Planiol, *Traité élémentaire*, III, n° 1435 (en note).

(15) Bourjon, *Droit commun de la France*, édition de 1770, t. I, p. 311.

(16) Pothier, *Communauté*, n° 464. — Ce qui a pu prêter à confusion, c'est un autre passage où, pour expliquer que la femme *commune en biens* n'est pas obligée personnellement envers les fournisseurs du ménage, Pothier déclare (*Communauté*, n° 374) : « La raison est que la femme est censée avoir payé à son mari tout ce qu'elle a consommé de ces différentes fournitures par la jouissance de la dot qu'elle lui a apportée *ad sustinenda onera matrimonii*. L'ayant payé à son mari, elle ne doit pas être obligée à le payer une seconde fois aux marchands qui n'ont contracté qu'avec son mari, et non avec elle : ils ne sont pas plus fondés à lui demander, que ne le serait un boulanger qui aurait fourni du pain

sio : paiement périodique) la contribution de la femme, autre chose soutenir que la femme est en pension chez le mari. Le tour énergique de cette dernière formule est peut-être dû à Troplong : « La femme, dit-il, paye pension... *Elle est pensionnaire forcée chez son mari.* » (17). Marcadé reprend l'expression : « Simple pensionnaire chez son mari, la femme doit, tant pour faire face à ses dépenses que pour concourir à celle des enfants, verser annuellement au mari la somme indiquée » (18). Les auteurs modernes semblent accepter cette manière de voir. « Moyennant le versement de sa part dans les charges communes, déclare M. Planiol, la femme est défrayée de tout par son mari : elle est en quelque sorte en pension chez lui. » (19). L'auteur d'un essai sur la séparation de biens contractuelle, M. Moissinac, est à la fois moins assuré et plus explicite : « Les deux époux vivant l'un chez l'autre, cette part contributoire versée par la femme au mari fait songer à la pension payée par quelque client à son hôtel ou à sa maison de famille. Ce n'est pas le foyer. » (20).

La formule dont il s'agit nous paraît extrêmement intéressante en ce qu'elle constitue une tentative pour faire entrer le régime de séparation de biens, considéré du point de vue contractuel, dans le cadre d'un autre contrat. Quel est ce contrat ? On pourrait penser au bail à nourriture, d'autant plus qu'il comporte un *intuitus personæ* (21) et qu'il a parfois prêté à confusion, lui aussi, avec la société,

à un maître de pension, et qui s'aviserait d'en demander le prix aux pensionnaires qui l'ont mangé. »

(17) Troplong, III, n° 2291.

(18) Marcadé, VI, sur les articles 1536-1537, n° 2.

(19) Planiol, *Traité élémentaire*, III, n° 1435. — Comp. Planiol, Ripert et Nast, II, n° 1018.

(20) Moissinac, *Essai sur la séparation de biens contractuelle; étude critique de la Pratique notariale d'après la Doctrine et la Jurisprudence*, thèse Paris, 1920, p. 10.

(21) Lalou, *Du bail à nourriture*, thèse Paris, 1900, p. 214.

témoin les controverses touchant la nature juridique de l'aumône dotale ⁽²²⁾. Mais, ainsi que le remarque M. Lalou, le bail à nourriture, qui a un caractère aléatoire ⁽²³⁾, diffère de la pension ⁽²⁴⁾. En réalité, il faut se rabattre sur le contrat d'hôtel, après l'avoir dépouillé de sa réglementation spéciale, en tant qu'elle suppose nécessairement la profession habituelle d'aubergiste chez l'une des parties, la qualité de voyageur chez l'autre ⁽²⁵⁾. Le mari hôtelier de sa femme ! la nature juridique de ce régime matrimonial ne manquerait pas de bizarrerie. Seulement, l'assimilation proposée, qui n'a, du reste, aucun intérêt

(22) Après avoir rapproché l'aumône dotale de la société, puis du bail à nourriture (dans ce dernier sens, Lalou, *op. cit.*, p. 136 et suiv.), on a fini par y voir un contrat autonome. Il est à remarquer que la notion de dot moniale suggère d'elle-même une comparaison avec la dot dans les régimes matrimoniaux (V. déjà, dans l'ancien droit, le juriste catalan Fontanella, *De pactis nuptialibus*, claus. I, glos. I, pars I, nos 57 et suiv.), et que cette comparaison pourrait se faire sous le signe du bail à nourriture. Mais ce sont justement les régimes autres que la séparation de biens (les seuls qui comportent une dot, d'après l'opinion courante) qui répondent le mieux au caractère habituel du bail à nourriture : abandon d'une somme globale et forfaitaire en échange d'une série de prestations indéterminées, échelonnées dans l'avenir. Or, sous ces régimes, on ne soutient guère que la femme soit en pension chez le mari (V. cependant le passage de Pothier cité en note p. 30 et, pour la doctrine contemporaine, Albert Chéron, *La contribution des époux aux charges du ménage et la loi du 13 juillet 1907* [*Revue trimestrielle*, 1909, p. 758], et Planiol, Ripert et Rouast, *La famille*, n° 351).

(23) Lalou, *op. cit.*, p. 202.

(24) Lalou, *op. cit.*, p. 10.

(25) Plus exactement, on serait en présence de ce que le Code civil portugais de 1867 appelle un contrat d'hébergement, indépendant de la profession ou de la qualité des parties : « Le contrat d'hébergement, dit l'article 1449 de ce Code, est celui par lequel une personne s'engage à nourrir et loger ou seulement loger une autre personne, moyennant une rétribution déterminée par la convention ou par l'usage. Ce contrat résulte des faits sans qu'une convention expresse soit nécessaire lorsque celui qui loge est aubergiste de son état. » — Les juristes italiens parlent de contrat de pension (Simoncelli, *Istituzioni di diritto privato italiano*, p. 290), et ils y voient un « contrat mixte » contenant un bail ou une sous-location, un louage d'ouvrage (quant à la prestation des services domestiques) et une vente de nourriture. C'est donc en ces trois contrats qu'il faudrait décomposer le régime de séparation de biens.

pratique ⁽²⁶⁾, est, selon nous, d'une inexactitude flagrante. Une seule observation suffit à la ruiner : l'article 1448 dispose que la femme séparée doit supporter entièrement les frais du ménage s'il ne reste rien au mari; or, il est évident que, dans le cas de faillite ou de déconfiture du tenancier de pension, aucune obligation de ce genre n'incombe à ses pensionnaires. La formule « la femme en pension chez le mari » ne traduit donc en rien la nature juridique du régime de séparation de biens; elle doit être définitivement bannie de l'étude de ce régime.

§ 3. — *Apparition de la notion de société comme explication de la nature juridique du régime de séparation de biens.*

I

En dépit de l'attitude généralement négative adoptée sur la question par l'Ecole de l'Exégèse, on trouve, chez quelques Exégètes, cette idée, esquissée d'une façon plus ou moins incidente, que le régime de séparation de biens renferme une société en réduction. Il faut peut-être chercher l'origine de cette idée dans une déclaration faite par Treilhard au Conseil d'Etat, pendant les travaux préparatoires, alors que l'on discutait de la nécessité d'un régime légal : « Les époux, avait-il dit, sont nécessairement entre eux dans un état de société. Mais conçoit-on une société qui n'ait pas ses règles ? Il en faut surtout pour une société aussi étroite que celle du mariage, société de tous

(26) Les articles 1952-1954, 2102-5° et 2271, relatifs à la responsabilité pour dépôt, au privilège, à la prescription, sont en effet inapplicables quand il s'agit : 1° d'un pensionnaire qui fait un séjour prolongé; 2° d'une personne qui, exceptionnellement, consent, moyennant un certain prix, à loger quelqu'un et à le recevoir à sa table. V. par ex. pour le dépôt : Cass. civ., 25 juin 1913 (D., 14. 1. 243); pour la prescription : Req., 7 mai 1866 (D., 66. 1. 390). — Comp. Rul., *Le contrat d'hôtellerie ou rapports juridiques entre l'hôtelier et le voyageur*, thèse Paris, 1906, p. 41 et suiv., 108, 124, 139.

les moments, qui agit incessamment sur toutes les circonstances de la vie : *individuum vitæ consuetudinem continens*, et qui fait naître entre ceux qu'elle lie des obligations respectives. Les sociétaires doivent sans doute être libres de fixer eux-mêmes les conditions et les règles de leur union; mais s'ils négligent ce droit ou s'ils ne veulent pas en user, il appartient à la loi de décider comment, dans leur état de société, les biens seront administrés; quelles obligations réciproques les époux ont à remplir sous ce rapport; comment les biens de chacun contribueront aux besoins de tous deux : à moins de supposer que l'un des époux nourrira et entretiendra l'autre et en admettant qu'ils doivent contribuer aux charges communes, *il existe par le fait une communauté de biens qui embrasse du moins les revenus*; il est impossible que les époux aient une habitation à part, une existence à part, ou le mariage ne serait plus une union qui confond entre les époux les habitudes de la vie » (27). Une telle conception n'est pas étrangère à Troplong; celui-ci, au milieu de beaucoup de vues contradictoires (28), en vient à écrire que, dans la séparation de biens, « la *société conjugale* se bornera à la cohabitation et à une participation respective aux dépenses de la vie commune » (29). Mais, ici encore, c'est Colmet de Santerre qui exprime le plus nettement sa pensée. Après avoir exposé que le contrat de mariage est un contrat de société (30), il ajoute immédiate-

(27) Fenet, XIII, p. 528-529.

(28) Nous savons déjà que, d'après lui, la femme séparée est en pension chez le mari. Ailleurs, il semble admettre que la séparation de biens est la négation de l'idée de société : « N'est-il pas contradictoire de voir deux époux qui partagent le lit, la table et le foyer n'avoir que des intérêts parallèles et étrangers à toute fusion ? » (I, n° 19).

(29) Troplong, III, n° 2278 : « Maintenant, dit-il encore, nous allons voir un plus grand relâchement dans la société conjugale. » C'est donc que la société conjugale subsiste toujours.

(30) Voir le passage précité, p. 32.

ment ces mots remarquables : « On serait tenté de croire que le contrat de mariage ne peut être présenté comme un contrat de société qu'autant qu'il consacre l'adoption du régime de communauté; mais il n'en est point ainsi, l'association des personnes entraîne toujours, jusqu'à un certain point, l'association des patrimoines, *parce qu'il y a toujours des dépenses communes, et que s'entendre, de quelque façon que ce soit, pour y contribuer en commun, c'est faire bien certainement un contrat de société.* » (31). Malheureusement, arrivé à l'étude particulière de la séparation de biens, Colmet de Santerre ne semble plus se souvenir du principe qu'il a précédemment si bien posé. Huc fait entendre un écho affaibli de cette conception : « Il s'établit par la force des choses, dit-il, une *communauté de fait* entre le mari et la femme pour subvenir aux charges du ménage, et le mari a naturellement la direction de cette communauté ainsi que l'administration des sommes destinées à l'alimenter. » (32).

II

L'idée que la séparation de biens n'est pas exclusive de la notion de société devait, au début de ce siècle, connaître un renouveau, mais sous une forme très incertaine. C'est un passage de Lefebvre qui est à la racine de ce renouveau. Sans doute, Lefebvre fut-il historien plutôt que civiliste. Mais il ne faut pas oublier la part considérable qu'il a eue dans l'éclosion de tant de travaux relatifs au droit matrimonial, éclosion par laquelle se caractérisent les premières années du ^{xx}e siècle. Nous laissons donc la parole à Lefebvre, en faisant observer d'avance qu'il parle indistinctement de société, d'association, voire d'association juridique, comme si ces mots avaient

(31) Colmet de Santerre sur Demante, VI, n° 2 bis.

(32) Huc, IX, n° 402.

une signification technique équivalente : « Même en dehors de la communauté, quel que soit le régime du contrat, notre Droit français veut et consacre toujours le principe d'une *association juridique entre époux dans la sphère des intérêts*. D'abord c'est le Code lui-même qui le laisse entendre en ses deux premiers articles du titre du Contrat de mariage. Quand il nous parle de « l'association conjugale quant aux biens » à organiser par ses divers régimes ou par combinaisons nouvelles, n'est-ce pas l'idée elle-même qu'il énonce et proclame comme dominant tout son système ? Et lorsqu'il ajoute (art. 1388) que sous aucun régime « les époux ne peuvent déroger aux droits qui appartiennent au mari comme chef », comme chef ! et de quoi donc si ce n'est de cette association conjugale quant aux biens envisagée partout dans le titre entier « du Contrat de mariage et des droits respectifs des époux »... *Sous tous les régimes, même sous celui de séparation de biens, il reste un principe inéluctable d'association juridique dans la nécessité morale et légale pour les deux époux de pourvoir ensemble aux charges communes du ménage*. C'est bien pour y répondre que la femme, le plus ordinairement, apporte une dot ; mais la dot n'eût-elle pas été déterminée, la femme doit contribuer conventionnellement ou légalement sur ses paraphernaux (art. 1537 et 1575). *Impossible d'éviter au moins ce minimum d'association d'intérêts*, impossible aussi de déroger aux droits du mari comme chef de ce *minimum de société*. Car on ne saurait convenir licitement, même en contrat de mariage, qu'il incombera au mari d'apporter et de soumettre une dot au gouvernement de sa femme, ou même de lui remettre telle part contributoire de sa fortune, avec laquelle elle devrait assumer en chef responsable les charges du ménage. Et l'autorisation maritale !... Elle n'a pour moi qu'une seule base historique, et je ne lui vois qu'une seule base rationnelle, c'est d'être la traduction juridique de cette idée que le

mari est le chef de *l'union conjugale*, sans l'assentiment duquel rien ne doit pouvoir être fait par sa compagne qui engage ou qui intéresse gravement le ménage. Cette autorisation maritale... c'est avant tout, dans la sphère des intérêts, la consécration et l'instrument pour le mari de son pouvoir dirigeant de chef de *l'association conjugale*. » (33).

En somme, la conception de Lefebvre sur la nature juridique du régime de séparation de biens ne cesse pas de flotter entre la morale et le Droit, sans parvenir à s'incorporer dans une formule ferme. Aussi a-t-on cherché à la préciser, tout en la développant, dans une thèse de doctorat intitulée : *L'action commune des époux sous le régime de séparation de biens contractuelle* (34). Mais l'auteur, M. Benoist, n'a pas atteint des résultats pleinement satisfaisants, et cela pour deux raisons.

D'abord M. Benoist n'a pas osé aller jusqu'au bout de son idée. Son hésitation se marque au choix même du titre : *l'action commune* des époux, expression extrêmement vague, dépourvue de sens technique en Droit français, et conservant un arrière-goût de cette fameuse *Gesamnte Hand*, dont la vogue sévissait alors en matière de communauté. Sans doute est-il dit, au début de l'ouvrage, que la séparation de biens renferme un minimum de société (35); mais la portée de cette déclaration est singulièrement affaiblie par la conclusion. « (Les conjoints séparés de biens) sont associés, sinon au sens juridique, du moins au sens vulgaire du mot. » (36). Ici l'on ne comprend plus : le juriste doit se servir d'un vocabulaire juri-

(33) Lefebvre, *Introduction à l'histoire du droit matrimonial français*, p. 34 et suiv.

(34) Benoist, *L'action commune des époux sous le régime de la séparation de biens contractuelle*, thèse Paris, 1909.

(35) Benoist, *op. cit.*, p. 4.

(36) Benoist, *op. cit.*, p. 211.

dique; une société au sens vulgaire et non juridique ne saurait être une société.

La seconde raison est que M. Benoist a voulu ramener à une idée unique des institutions fort disparates. Il a certes vu, comme Lefebvre, quelle était, pour la compréhension de la nature juridique de la séparation de biens, l'importance primordiale de la communauté des charges du ménage, dont l'étude vient en tête de son livre ⁽³⁷⁾. Mais il ne s'arrête pas là. Il englobe dans son système l'autorisation maritale et l'incapacité de la femme séparée ⁽³⁸⁾. Or, s'il est exact qu'il y a un lien entre l'incapacité de la femme et les régimes matrimoniaux, il n'en est pas moins sûr que le concours du mari aux actes de la femme, tel qu'il résulte de cette incapacité, n'a rien de commun avec la notion de société : avec un pareil point de départ, on en arriverait à soutenir qu'il existe une société entre un incapable quelconque et la personne chargée de l'assister, entre le mineur émancipé et son curateur, entre le prodigue et son conseil. M. Benoist invoque ensuite « l'immixtion du mari dans la gestion des biens de la femme par la perception des revenus » ⁽³⁹⁾. Il s'agit d'un commentaire des articles 1577 à 1580. Parmi ces textes, seul l'article 1578 déroge au droit commun. Nous admettrons nous-même plus tard que cette dérogation est en rapport avec la notion de société, mais à titre de conséquence plutôt qu'à titre d'élément constitutif. M. Benoist cite encore « l'immixtion du mari dans la gestion des biens de la femme par son concours lors de la réception des capitaux propres de celle-ci » ⁽⁴⁰⁾. Pour nous, quelle que soit l'explication de l'article 1450, l'idée de société est hors de cause. Si l'on considère cette immixtion, dont le Code ne

(37) Benoist, *op. cit.*, p. 9-68.

(38) Benoist, *op. cit.*, p. 71-104.

(39) Benoist, *op. cit.*, p. 103-139.

(40) Benoist, *op. cit.*, p. 140-161.

s'occupe que pour la sanctionner par la responsabilité du mari, comme un empiétement plus ou moins abusif sur le patrimoine de l'épouse ⁽⁴¹⁾, il est évident qu'on ne peut y voir un élément de société. Mais si on la regarde comme traduisant, avec une portée réduite, la qualité d'administrateur, qui, sous tous les régimes, à des degrés divers, appartient au mari sur les biens de la femme ⁽⁴²⁾, la solution n'est pas différente. Il faut, en effet, se garder d'une illusion. On peut admettre que, dans tout régime matrimonial, le mari a des pouvoirs d'administrateur qui le font apparaître comme le chef du ménage. Il est même possible que ces pouvoirs aient pour but d'assurer ou de faciliter le fonctionnement de la société conjugale, mais ils ne suffisent pas à constituer celle-ci, pas plus que la même fonction d'administrateur ne suffit à mettre le tuteur en société avec le pupille. M. Benoist annexe enfin à sa théorie le concours de la femme aux actes du mari ⁽⁴³⁾. Ce concours se produit, selon lui, lorsqu'une obligation est contractée du consentement des deux époux séparés de biens. A cela on peut répondre que le résultat ne dépend pas du régime matrimonial : c'est l'application des principes généraux touchant les dettes conjointes ou solidaires ⁽⁴⁴⁾. M. Benoist voit un autre exemple de ce concours dans les conventions sur l'hypothèque légale de la femme. Ici encore, nous croyons qu'il y a confusion. On remarque

(41) Laurent, XXII, n° 326.

(42) Aubry et Rau, VIII, § 516, note 73, *in fine*; Bartin, *Les actions dotales (Travaux et mémoires des Facultés de Lille, 1892)*, p. VII. — Comp. Cass. civ., 31 janv. 1911, D. 1912. I. 37, note de Loynes.

(43) Benoist, *op. cit.*, p. 163-209.

(44) Sans doute décide-t-on que l'article 1431 s'applique aux obligations solidaires de la femme séparée de biens. Mais l'intérêt de cette extension, admise par quelques arrêts (Cass. civ., 9 août 1882, S., 53. I. 197; Alger, 27 juin 1892, S., 93. 2. 241), devient tout à fait problématique si l'on songe que, d'après l'opinion aujourd'hui dominante, l'article 1431 lui-même ne déroge pas au droit commun de la solidarité (V. en ce sens Planiol, *Traité élémentaire*, III, n° 1096).

souvent que, grâce à son hypothèque légale, la femme parvient à imposer au mari sa participation aux actes juridiques, et l'on en prend prétexte pour voir dans le fonctionnement pratique de cette hypothèque un élément de société. C'est oublier que l'hypothèque légale, poursuivant un objectif de protection de la femme à l'encontre du mari, se trouve par là même en antinomie avec l'idée de société. Elle n'intervient, du reste, dans le jeu des régimes matrimoniaux que d'une manière tout à fait externe, et on pourrait la supprimer mentalement — ou législativement — sans que la nature juridique des divers régimes en soit altérée. La situation juridique dans laquelle les deux conjoints sont placés à l'égard l'un de l'autre, à raison de cette hypothèque, ne se différencie pas en soi de la situation qu'une hypothèque quelconque établit entre le créancier et le propriétaire de l'immeuble hypothéqué: si celui-ci veut vendre son immeuble libre d'hypothèque, il devra obtenir le concours du créancier à la vente⁽⁴⁵⁾; on ne parle pourtant pas ici de société. M. Benoist n'en parle guère non plus, et il préfère employer, nous le savons, les termes d'action commune; mais cette locution est vide de sens, car elle ne correspond à aucune institution juridique définie.

On est donc obligé de conclure que l'œuvre de M. Benoist n'apporte pas de solution au problème envisagé, M. Benoist est tombé dans une erreur d'optique, contre laquelle nous nous sommes prémuni dès le chapitre premier: Il a considéré que la séparation de biens associait les époux, par cela seul qu'elle engendrait entre eux des rapports de droit patrimoniaux de nature quelconque, comme si la société consistait uniquement dans la confrontation de deux personnes à l'intérieur d'un rapport de droit.

(45) Planiol, *Traité élémentaire*, II, n° 3399.

SECTION II

SOLUTION PROPOSÉE SUR LE PROBLÈME DE LA NATURE JURIDIQUE DU RÉGIME DE SÉPARATION DE BIENS

On peut considérer le régime de séparation de biens, pour en élucider la nature juridique, à deux points de vue : d'abord, dans sa structure, à un point de vue en quelque sorte statique ou, si l'on préfère, anatomique, ensuite, dans son fonctionnement, à un point de vue dynamique ou biologique. Ces points de vue seront successivement traités dans deux paragraphes, dont le second servira, du reste, de vérification au premier.

§ 1. — *La structure du régime de séparation de biens dans ses rapports avec les notions de société et de personnalité morale.*

La solution que nous avançons se résume en deux propositions étroitement solidaires, qui vont être immédiatement développées :

- 1° Le régime de séparation de biens constitue une société civile;
- 2° Le régime de séparation de biens constitue une société civile dotée d'une personnalité morale embryonnaire.

I. — Première proposition : Le régime de séparation de biens constitue une société civile.

A. — LES ELEMENTS CONSTITUTIFS DE LA SOCIÉTÉ ET LE RÉGIME DE SÉPARATION DE BIENS

Les auteurs qui ont aperçu le problème ont jusqu'ici procédé en partant des règles de la séparation de biens, pour se demander ensuite si elles revêtaient une allure

plus ou moins accentuée de société. Une marche inverse est plus méthodique : il convient de partir des éléments constitutifs de la société pour rechercher s'ils ne se trouvent pas réunis dans le régime de séparation de biens.

La théorie traditionnelle, se conformant au Code civil, absorbe la société dans le contrat de société. En conséquence, elle y distingue des éléments constitutifs généraux, communs à tous les contrats (art. 1108), et des éléments constitutifs spéciaux. Ce n'est pas le moment d'apprécier cette théorie : nous nous sommes placé au point de vue contractuel ; nous supposons donc provisoirement que les éléments généraux du contrat de société se rencontrent dans la séparation de biens, et nous bornons nos recherches aux éléments spéciaux. Quels sont ces éléments spéciaux ? Avec quelques variantes, surtout terminologiques, on semble s'accorder sur l'énumération suivante : 1° Un apport de chaque associé ; 2° Un objectif consistant dans la réalisation et le partage de bénéfices ; 3° L'*affectio societatis*. Le premier élément est souvent énoncé : un apport de chaque associé en vue de constituer un fonds commun. Mais il est préférable d'étudier à part cette prétendue nécessité d'un fonds commun, car il s'agit là d'un élément litigieux en matière de séparation de biens.

a) PREMIER ÉLÉMENT : UN APPORT DE CHAQUE ASSOCIÉ.

L'article 1832 du Code civil s'exprime ainsi : « La société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de *mettre quelque chose en commun...* » L'article 1833 précise : « Chaque associé doit y apporter ou de l'argent, ou d'autres biens, ou son industrie. » Un apport de chaque associé est donc essentiel à la formation de toute société. Cet apport se retrouve-t-il dans le régime de séparation de biens ? L'affirmative n'est pas douteuse.

En ce qui concerne l'apport de la femme, les textes parlent d'eux-mêmes. L'article 1448 prévoit l'hypothèse d'une séparation judiciaire : « La femme qui a obtenu la séparation de biens *doit contribuer*, proportionnellement à ses facultés et à celles du mari, tant aux frais du ménage qu'à ceux d'éducation des enfants communs. — Elle doit supporter entièrement ces frais s'il ne reste rien au mari. » L'article 1537 (auquel il faut joindre l'article 1575) vise la séparation contractuelle : « Chacun des époux contribue aux charges du mariage, suivant les conventions contenues en leur contrat, et, s'il n'en existe point à cet égard, la femme *contribue* à ces charges jusqu'à concurrence du tiers de ses revenus. » L'apport de la femme consiste donc dans une somme d'argent versée périodiquement et dont la quotité est déterminée par des procédés variables de calcul. La contribution de la femme aux charges du mariage apparaît, à ce point de vue, avec toute sa portée quand on prend soin de la rapprocher de la notion de dot au sens de l'article 1540. Il s'est élevé là-dessus une controverse. Tandis qu'Aubry et Rau et Guillouard⁽⁴⁶⁾ nient l'existence de la dot sous le régime de séparation de biens, d'autres auteurs, notamment Laurent, reconnaissent cette dot dans la contribution de l'épouse⁽⁴⁷⁾. L'opinion de Laurent paraît tout à fait fondée. Que lit-on dans l'article 1540 ? « La dot, sous ce régime *comme sous celui du chapitre II*, est le bien que la femme apporte au mari pour supporter les charges du mariage. » Or, le chapitre II traite de la communauté de biens ; mais aussi du régime de séparation, qu'il envisage à la suite des clauses modifiant la communauté légale. En dehors de cet argument de texte, qui est déjà probant, il faut ajouter

(46) Aubry et Rau, VII, § 500; Guillouard, I, n° 134. — Comp. Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, I, n° 211.

(47) En ce sens : Taulier, V, p. 2; Colmet de Santerre, VI, n° 9 bis. IV: Laurent, XXI, n° 137; Huc, IX, n° 9.

que la contribution de la femme séparée répond exactement à la définition très large de l'article 1540 ⁽⁴⁸⁾. On notera dans cette définition l'emploi significatif du verbe « apporter » : la dot, d'une façon générique, c'est l'apport de la femme dans la société conjugale ⁽⁴⁹⁾, et elle existe sous le régime de séparation de biens comme sous les autres régimes matrimoniaux. A vrai dire, cet apport en argent ne constitue pas tout l'apport de l'épouse séparée. Ainsi que le remarque Baudry-Lacantinerie, « la femme doit, abstraction faite d'un régime quelconque, son travail personnel aux soins du ménage. Elle n'a évidemment droit à aucune rétribution de la part du mari pour le travail qu'elle accomplit ainsi dans l'intérieur de la maison, tant dans son intérêt personnel que dans celui de la famille » ⁽⁵⁰⁾. Sous le régime de séparation de biens, la femme apporte donc toujours une certaine espèce d'industrie (art. 1847), et l'on pourrait même concevoir qu'elle n'apportât pas autre chose.

Le mari, lui aussi, fait un apport puisqu'il est tenu, de son côté, de contribuer aux charges du mariage (art. 1537). Mais — observation qui se répétera pour tous les régimes matrimoniaux — comme, dans la conception légale de

(48) Cela est si vrai que les auteurs qui veulent restreindre la dot à certains régimes sont obligés de censurer la définition de l'article 1540, en disant qu'elle ne convient pas exclusivement à l'objet défini, puisque, sous tous les régimes, « par cela seul qu'une nouvelle famille s'est formée, les époux qui la composent lui doivent le tribut de leur concours réciproque » (Seriziat, *Tr. du régime dotal*, n° 1).

(49) Il y a, du reste, un lien entre l'article 1846, qui décide que les intérêts courent de plein droit et sans demande contre l'associé débiteur d'un apport en argent, et les articles 1440 et 1548 (opp. art. 1479), qui, aussi bien à l'égard de la femme qu'à l'égard d'un tiers constituant, donnent une solution à peine différente pour le paiement de la dot.

(50) Baudry-Lacantinerie, *Le Courtois et Surville*, III, n° 1464. — Comp. Code civil allemand, article 1356 : « La femme a le droit et le devoir de diriger le ménage commun. Elle est obligée au travail dans la tenue du ménage et dans le soin des affaires du mari, lorsque ce travail est d'usage d'après la condition des époux. »

l'organisation de la famille, c'est lui qui est principalement obligé, au besoin sur toute sa fortune, de faire vivre le ménage (art. 214) ⁽³¹⁾, son apport est moins nettement délimité que celui de la femme. Lorsque les contributions sont proportionnelles aux facultés, soit à la suite d'une séparation judiciaire, soit en vertu d'une clause très fréquente du contrat de mariage, les apports de l'un et de l'autre conjoint se déterminent sans doute avec une égale facilité. Au contraire, quand la contribution de la femme est fixée à une fraction de ses revenus comme le tiers, l'apport du mari ne peut plus être défini d'avance, il comprend tout ce qui est requis pour parfaire le total des charges du mariage. Mais, objectera-t-on, il peut alors arriver que la contribution de l'épouse suffise à pourvoir à ces charges, et, en pareil cas, l'apport du mari fait défaut. L'objection n'est pas irréfutable. On interprète aujourd'hui très largement la notion d'apport : un apport est tout avantage susceptible d'évaluation pécuniaire, procuré à la société par un associé en échange de la part qui lui est attribuée dans les bénéfices ⁽³²⁾. Ce n'est pas forcément le versement actuel d'une somme d'argent, ce peut être une ouverture de crédit ⁽³³⁾ ou même, plus abstraitemment, le crédit d'un associé ⁽³⁴⁾. Le mari, lorsqu'il ne contribue pas de ses deniers aux dépenses du ménage, n'apporte-t-il pas du moins son crédit à la société conjugale ?

(31) Comp. Giraud, *De la contribution des époux aux charges du mariage*, thèse Paris, 1911, p. 17 et 23.

(32) Comp. Lyon-Caen et Renault, *Traité*, II, n° 13.

(33) Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Société*, n° 160; Houpin et Bosvieux, *Traité général théorique et pratique des sociétés*, 6^e éd., I, n° 87.

(34) Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Société*, n° 139 (et les références); Lyon-Caen et Renault, *Traité*, II, n° 32. Les auteurs parlent du crédit commercial. Ils entendent seulement par là que le crédit politique est exclu. Il ne faudrait pas en déduire qu'il ne peut pas y avoir d'apport en crédit dans une société civile aussi bien que dans une société commerciale (Bédarride, *Droit commercial*, n° 30. — Voyez cependant : Troplong, *Société*, n° 113, et Duvergier, *Sociétés*, n° 20). Une telle distinction serait incompréhensible.

Il offre sa responsabilité pour le cas où l'apport monnayé de son conjoint ne suffirait plus à alimenter les affaires sociales. Faisons encore un pas. Quand un négociant veut se prémunir contre les pertes d'une opération, il s'entend parfois avec un confrère, qui, moyennant une part du profit éventuel, consent à subir une part des risques possibles : c'est un type d'association en participation, c'est-à-dire, nous le verrons, de société. En apparence, le participant ne fait pas d'apport. En réalité, l'acceptation des risques constitue un apport appréciable en argent, puisqu'on paie le même service aux compagnies d'assurances. Précisément, dans les groupements d'assurances mutuelles, il peut ne pas y avoir d'apports réalisés en espèces. On répondra qu'il s'agit là d'associations et non de sociétés. Mais la réponse importe peu pour l'instant, car, même dans une association, un apport est exigé. Il est donc certain que, dans le cas envisagé, le mari fait un apport en assumant les risques pécuniaires inhérents au régime matrimonial. Plus embarrassante est l'hypothèse où, après une séparation judiciaire, par exemple, la femme défraie toutes les dépenses parce qu'il ne reste rien à son conjoint. Il ne peut être sérieusement question d'apport de crédit, d'acceptation des risques, de la part d'un insolvable avéré. Toutefois, même en cette hypothèse, il ne faut pas dire que le mari ne fait aucun apport. Quelque amoindri que soit son rôle de chef, il doit toujours au ménage un certain travail de direction et l'aide de ses conseils. Le mariage, indépendamment du régime matrimonial, représente pour les conjoints une source de sécurité qui a son prix et qui dérive en grande partie de la protection due par le mari à l'épouse aux termes du Code (art. 213). On confine ici à ces éléments moraux qui ont tant d'importance dans la société conjugale, et que la loi elle-même a implicitement pris en considération par sa théorie des avantages matrimoniaux.

Il ne faut pas s'imaginer que nous dilatons la notion d'apport pour les besoins de la cause. Ce que nous venons de dire de l'apport du mari n'est pas phraséologie ni littérature, mais application rigoureuse du droit commun des sociétés. Cédons plutôt la parole à Pardessus : « Le travail manuel, déclare-t-il, les soins, la surveillance, l'habileté dans la conduite des affaires, seraient susceptibles de former une mise sociale, puisque nous avons vu que ces choses pouvaient être louées. Souvent, en effet, des associés s'unissent pour une opération dans laquelle l'un fournit des fonds et l'autre ne confère que des soins, sans lesquels la société n'aurait aucun succès. *On a été jusqu'à considérer la force, le courage, comme une sorte de mise*, non seulement pour les voyages de conserve dont nous avons parlé, qui sont des sociétés imparfaites et de simples assurances mutuelles, n'ayant pour but aucun produit destiné à être partagé, mais bien plus pour les sociétés formées dans la vue de se livrer à la course maritime, puisque c'est l'espoir de faire des prises et d'en partager le profit qui porte à les contracter » ⁽⁵⁵⁾. Influencé par une conception étroite (et que nous critiquerons) de la notion de bénéfice, Pardessus ne semble donc pas admettre ici les voyages de conserve au rang des véritables sociétés. Ailleurs, il se montre cependant beaucoup moins restrictif, et nous ne résistons pas au plaisir de citer le passage. A vouloir rapprocher la séparation de biens d'une forme aussi particulière de société nautique, on risque peut-être de passer pour fantaisiste ou pour chasseur de métaphores. Tant pis; car aucun rapprochement ne saurait être plus strictement juridique. Que l'on daigne considérer le voyage de conserve dans ses éléments constitutifs, tels que Pardessus les décrit, et l'on ne pourra s'empêcher de songer à la société conjugale. « On appelle con-

(55) Pardessus, *Cours de droit commercial*, III, n° 984.

serve, expose le grand commercialiste, la convention que font plusieurs capitaines de navires de ne pas s'abandonner soit pendant leur voyage, soit depuis tel point jusqu'à tel autre, afin de se prêter secours mutuel, ou de se défendre, soit contre les ennemis communs, soit contre l'ennemi de l'un d'eux qui voudrait l'attaquer... Le plus considérable des navires ou, en cas d'égalité, celui que monte le plus ancien capitaine, est désigné pour commander et porte le nom de navire directeur. *Cette convention est une véritable société, dans laquelle les forces des navires, les soins, les secours et le courage de chacun des équipages forment la mise respective.* »⁽³⁶⁾.

Grâce aux solutions précédemment dégagées, on comprend comment la doctrine et la jurisprudence ont pu juger valables des contrats de mariage où, après stipulation de la séparation de biens, l'un des conjoints déclarait assumer seul les charges du mariage⁽³⁷⁾, tandis que l'absence d'apport de la part d'un associé rendrait une société ordinaire inexistante. C'est que la contribution aux dépenses du ménage n'est pas le seul apport possible dans la société conjugale. Les auteurs précisent eux-mêmes que de telles conventions ne s'exécuteront que sous réserve de la solvabilité de l'époux chargé des dépenses; car l'article 1448, al. 2, domine la séparation contractuelle comme la séparation judiciaire. Cette réserve de la solvabilité

(36) Pardessus, *op. cit.*, II, n° 636. — Comp. dans le même sens, Troplong, *Société*, I, n° 15.

(37) Merlin (*Répertoire*, v° *Séparation de biens*, sect. I, § 10) cite un contrat de mariage stipulant que la femme serait tenue de « loger son mari chez elle et de le nourrir à sa table tant à Paris qu'à sa maison de campagne et non ailleurs avec deux domestiques et deux chevaux de carrosse, le tout tant qu'il demeurerait avec elle et sans qu'il pût prétendre, en cas d'absence, aucun remboursement ni indemnité... » — Un arrêt de la Cour de Metz du 17 août 1838 (S., 39. 2. 49; D., 39. 2. 130) a décidé qu'était valable comme n'étant contraire ni à l'ordre public, ni aux bonnes mœurs, la stipulation d'un contrat de mariage dispensant la femme séparée de toute contribution. — Comp. dans le sens de la validité : Planiol, *Traité élémentaire*, III, n° 1432; Moissinac, *op. cit.*, p. 98 et suiv.

équivalent à reconnaître que le conjoint, dispensé de faire un versement actuel, consent cependant un apport de son crédit.

Nous avons négligé jusqu'ici une difficulté qu'il n'est pas pourtant dans nos intentions d'esquiver. L'apport de chaque époux, lorsqu'il a lieu sous la forme d'une contribution pécuniaire, consiste dans des paiements échelonnés sur une période indéfinie et dont la quotité, dans tous les cas pour le mari, dans certains cas pour la femme, varie suivant les besoins du ménage. Cela n'est-il pas contraire à l'essence de la société ? « L'apport, disent MM. Lyon-Caen et Renault, doit avoir un objet déterminé et ne pas porter sur un objet dont l'étendue est laissée à l'appréciation des parties. Ainsi, *il ne peut être stipulé qu'un ou plusieurs associés apporteront les sommes nécessaires à la bonne marche de la société. Il y a là une application de l'article 1129 C. civ.* » ⁽⁵⁸⁾. Il n'est pas douteux que le régime de séparation de biens, en tant que société, se heurterait à l'art. 1129 interprété de la sorte. Mais cette interprétation paraît beaucoup trop étroite : on admet que l'objet d'une obligation peut être indéterminé dans sa quotité, pourvu qu'il soit déterminable (art. 1129-2°), *même après coup* ⁽⁵⁹⁾; il n'en est pas autrement ici. De l'assertion de MM. Lyon-Caen et Renault il faut rapprocher une opinion doctrinale, accueillie par la Cour de Rennes, d'après laquelle l'associé qui fait des apports successifs prévus sans limitation par le contrat, au fur et à mesure des besoins de l'affaire, serait réputé créancier et non

(58) Lyon-Caen et Renault, *Traité*, II, n° 15.

(59) Planiol, *Traité élémentaire*, II, n° 1005 : « ... Si l'objet n'est pas encore déterminé, il est tout au moins déterminable. Par exemple, une fourniture de charbon pour la consommation d'une machine pourra être appréciée d'après la nature de cette machine et la façon dont on la fait marcher. Certaines fournitures pourront se régler après coup d'après la consommation qui en sera faite : par exemple, le nombre de bouteilles qui seront consommées dans un lunch ou dans un banquet. »

associé en ce qui concerne ses nouvelles mises⁽⁶⁰⁾. C'est une opinion injustifiable, qui est en contradiction ouverte avec la définition très large que l'on donne de l'apport. L'apport, encore une fois, c'est tout avantage évaluable en argent, fait à la société par un associé en retour d'une part dans les bénéfices. Quand on va au fond des choses, sans se laisser hypnotiser par la technique du droit des obligations, on est même amené à constater que, dans les types de sociétés où l'associé est personnellement responsable du passif social comme dans la société civile ou la société en nom collectif, ce qu'il paie pour le compte de la société constitue en réalité un apport. Si nous faisons allusion à ce dernier point, c'est que, sous le régime de séparation de biens, le second alinéa de l'article 1448 peut être considéré comme tranchant une question de responsabilité personnelle autant qu'une question d'apport, et l'on verra que la jurisprudence a justement été influencée par cette idée.

Demandons-nous, pour finir, si l'on peut encore parler d'un apport au cas de séparation de biens accessoire à la séparation de corps. C'est ici le lieu d'introduire les articles 203, 212 et 214 du Code civil. Il ne faut pas croire que ces articles apparaissent normalement dans la vie juridique à l'état nu; ils ne jouent en principe que sous le couvert d'un régime matrimonial⁽⁶¹⁾. Dans la séparation de biens principale, l'apport de chaque conjoint moule l'obligation de secours (art. 212) et l'obligation d'élever les enfants (art. 203). C'est précisément parce qu'il recouvre des obligations légales que cet apport, même fixé conventionnellement dans sa quotité, conserve une élasticité

(60) Guillouard, *Société*, n° 228; Houpin et Bosvieux, I, n° 192; Huc, XI, n° 79. — Rennes, 29 avril 1881 (sous Cass. civ., 1^{er} août 1883, S., 86. 1. 20; D., 84. 1. 357; dans cette espèce, il s'agissait de l'application de l'article 1853, alinéa 1^{er}). — Comp. Nîmes, 26 janv. 1917 (D., 21. 2. 63).

(61) Comp. Nancy, 6 juill. 1895, S., 97. 2. 745.

inconnue dans les sociétés ordinaires (art. 1448, 2^e al.). Mais ce ne sont pas seulement les articles 203 et 212 qui s'incorporent dans la contribution des époux, c'est aussi et surtout l'article 214 en tant qu'il établit le devoir de cohabitation. C'est la cohabitation qui fait le ménage; c'est le ménage qui fait la société conjugale. L'article 1448 semble distinguer les frais d'éducation des enfants communs des frais du ménage; en réalité, les premiers s'absorbent dans les seconds. Or la séparation de corps supprime essentiellement la cohabitation. Il n'y a plus de ménage à l'entretien duquel il faille pourvoir⁽⁶²⁾. Le devoir de secours et le devoir d'éducation s'échappent sans doute hors du régime matrimonial brisé, pour vivre désormais d'une existence indépendante; il pourra y avoir lieu, en conséquence, à des pensions alimentaires unilatérales⁽⁶³⁾; mais de contributions réciproques, d'apports sociaux, il ne pourra plus être question. La séparation de biens accessoire à la séparation de corps, disons-le une fois pour toutes, est exclusive de la notion de société⁽⁶⁴⁾.

(62) Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, III, n° 1483; Planiol, *Traité élémentaire*, I, n° 1315.

(63) On sait, d'ailleurs, qu'il existe une controverse sur le principe de cette pension alimentaire. La jurisprudence invoque sans doute l'article 212 et le maintien de l'obligation de secours; mais elle s'appuie aussi sur l'article 301, déduction de l'article 1382, qu'elle étend du divorce à la séparation de corps (Req., 18 mars 1918, S., 48. 1. 174). — Comp. Ripert, *Les caractères de la pension alimentaire allouée au cas de divorce*, D. H., 1927, *Chronique*, p. 53.

(64) La question est beaucoup plus délicate pour les séparations de fait, dérivant soit d'un pacte amiable entre les époux (comp. Richardot, *Les pactes de séparation amiable entre époux*, thèse Dijon, 1930), soit d'un acte de volonté unilatéral de l'un d'eux. Sur le terrain des principes, la séparation de fait est un pur fait, qui ne change rien au droit, et qui ne saurait prévaloir, notamment, contre le devoir de cohabitation. Il est donc vrai de dire, sur le terrain des principes, que le régime matrimonial demeure intact; aussi bien le prétendu mandat domestique de la femme subsiste-t-il (comp. Nast, note au D. 1924. 2. 103, sous Trib. civ. Seine, 11 juill. 1922), attestant (à ce qu'il semble) la persistance d'un mécanisme normal de société. Mais sur le terrain des faits — et il serait vain de

b) DEUXIÈME ÉLÉMENT : UN OBJECTIF CONSISTANT
DANS LA RÉALISATION ET LE PARTAGE DE BÉNÉFICES.

La nécessité de cet élément constitutif découle de l'article 1832 : La société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun, *dans la vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter*. Ce texte doit être étudié aujourd'hui à la lumière de l'article 1^{er} de la loi du 1^{er} juillet 1901 : L'association est la convention par laquelle deux ou plusieurs personnes mettent en commun d'une façon permanente leurs connaissances ou leur activité *dans un but autre que de partager des bénéfices*. Par suite du rapprochement des deux dispositions, l'interprète se trouve en face d'un dilemme dont la conséquence est que tout groupement permanent de personnes doit constituer soit une société, soit une association, et dont la clef réside dans la notion de bénéfice. Au lendemain de la loi de 1901, M. Trouillot, qui en avait été le rapporteur devant la Chambre, avait essayé d'éluder le dilemme en soutenant qu'il restait, entre la société et l'association, une sorte de zone neutre, où prendraient place, sous la forme de syndicats, d'associations en participation ou même de contrats innomés, des groupements poursuivant un but pécuniaire sans se proposer la réalisation de bénéfices à partager⁽⁶⁵⁾. Ce système, qui aboutissait à donner au terme « bénéfice » un sens strict dans le Code et un sens large dans la loi Waldeck-

vouloir ignorer les faits, s'agissant d'une situation de plus en plus fréquente, que la jurisprudence a été amenée et sera de plus en plus amenée à organiser — sur le terrain des faits, on ne peut s'empêcher de constater que toute cohabitation a cessé, qu'il y a « mariage sans ménage » (Josserand, *Cours de droit civil positif*, I, n° 1012). D'ailleurs, dans l'intention des parties, la séparation de fait tend à imiter les effets de la séparation de corps. On doit donc conclure que, sur le terrain des faits, il n'y a plus lieu ici qu'à des pensions alimentaires, non à des apports en société.

(65) Trouillot et Chapsal, *Du contrat d'association*, 1902, p. 38-39.

Rousseau, a été repoussé avec raison ⁽⁶⁶⁾ : il se heurtait non seulement aux travaux préparatoires, mais au but social de la loi de 1901, qui a visé à fixer le sort jusque-là précaire de toutes les associations. « La notion de bénéfice, concluons-nous avec M. Bonnecase, a un sens rigoureusement un, qui départage inéluctablement et irrévocablement les domaines respectifs de la société et de l'association. » ⁽⁶⁷⁾.

L'interprétation restrictive ou extensive de la notion de bénéfice aura donc pour effet de faire du régime de séparation de biens soit une association, soit une société. Le problème présente d'autant plus de gravité que les auteurs, nous le savons, parlent constamment d'association conjugale, et que l'on rencontre quelquefois, par exemple chez Lefebvre, des expressions équivalentes nommément appliquées à la séparation de biens. Le régime de séparation de biens constituerait-il, dans sa nature juridique, une association, et les contributions des époux ne seraient-elles que des cotisations de sociétaires ? Observons d'avance que la réponse ne peut avoir ici le même intérêt pratique qu'ailleurs : il ne s'agit pas de savoir si la séparation de biens doit être soumise à la réglementation inadaptée de la loi de 1901; en toute hypothèse, ce régime matrimonial est réglementé d'une manière spéciale et garde une structure formelle propre. Cependant, au point de vue du fond, au point de vue de l'objectif poursuivi par le groupement, il y a un intérêt scientifique considérable à

(66) Thaller, *Traité élémentaire de droit commercial*, n° 226; Pic, *Du contrat d'association et du contrat de société*, p. 475-476; Thaller et Pic, *Traité des sociétés commerciales*, I, n° 6; Wahl, *Définition de l'association selon la loi du 1^{er} juillet 1901* (*Journal des sociétés*, 1905, p. 338); Pichon, *Des caractères distinctifs des associations soumises à la loi du 1^{er} juillet 1901*, thèse Paris, 1905, p. 78; Hayem, *Domaines respectifs de l'association et de la société*, thèse Paris, 1907, n° 244. — V. cependant Kayser : *Sociétés et associations; leurs domaines d'application*, thèse Nancy, 1928, p. 172-181.

(67) Bonnecase, 7^e éd. du *Traité des sociétés* de Vavasseur, I, n° 231.

trancher la question⁽⁶⁸⁾. Force est donc de prendre parti sur la notion de bénéfice.

Il règne sur cette notion une conception doctrinale et jurisprudentielle qui, si elle était exacte, exclurait certainement le régime de séparation de biens du domaine des sociétés. L'interprétation exégétique des termes « partage » et « bénéfice », préalablement isolés, dans la définition de l'article 1832, a conduit les commentateurs du Code civil, en réaction contre les tendances larges de l'ancien Droit, à voir le critérium de la société dans l'existence de gains pécuniaires distribués entre les associés. Ainsi que le note M. Kayser, après M. Planiol, à raison de la prépondérance prise par les sociétés commerciales, on n'a plus considéré la société qu'à travers la distribution périodique de dividendes⁽⁶⁹⁾. La théorie, d'ailleurs, est restée peu systématique jusqu'au milieu du xix^e siècle. A cette époque, Troplong fit un vigoureux effort de synthèse dans une voie relativement libérale : pour lui, est bénéfice non seulement le profit pécuniaire, mais tout gain positif et appréciable en argent, par opposition au gain négatif résultant d'une perte évitée, comme cela se produit dans les groupements d'assurances mutuelles; d'autre part, le terme partage est par lui dégagé de la signification matérialiste : « il y a partage toutes les fois qu'il y a participation aux avantages de la société; ces avantages sont partagés lorsqu'on est appelé à y prendre part d'une manière quelconque, même sous condition. »⁽⁷⁰⁾. Les conceptions qui prévalurent dans la seconde moitié du xix^e siècle, tout en s'inspirant de la doctrine de Troplong en ce qu'elle avait de restrictif, s'en séparèrent par un recours à la notion de contrat innomé :

(68) Comp. Bonnecase, 7^e éd. de Vavasseur, I, n^o 250.

(69) Planiol. *Traité élémentaire*, II, n^o 1943; Kayser, *op. cit.*, p. 68.

(70) Troplong, *Société*, I, n^o 17.

certains groupements, dont les membres se proposent simplement d'éviter une perte : sociétés d'assurances mutuelles, sociétés coopératives, sociétés d'obligataires, furent érigés en contrats innomés, soumis, lorsqu'une législation spéciale faisait défaut, aux règles du contrat nommé le plus voisin, c'est-à-dire de la société. La loi de 1901 a ruiné, comme on le sait, cette idée de contrat innomé. La jurisprudence l'a bien compris, mais, en même temps, elle en a déduit que les groupements à nature litigieuse devaient être refoulés sur le terrain des associations. Tel est le sens d'un arrêt de principe rendu par la Cour de cassation, Chambres réunies, le 11 mars 1914, l'arrêt Caisse rurale de Manigod ⁽⁷¹⁾. Cet arrêt, statuant en matière fiscale, décide qu'une société coopérative de crédit à capital variable constitue une association et non une société, et il affirme, à cette occasion, une conception de la notion de bénéfice, dont la formule est empruntée presque littéralement à Paul Pont ⁽⁷²⁾ : « l'expression « bénéfices » a le même sens dans les deux textes [l'art. 1832 et la loi de 1901] et s'entend d'un gain pécuniaire ou d'un gain matériel qui ajouterait à la fortune des associés ». Beaucoup d'auteurs contemporains préconisent, du reste, depuis longtemps, cette interprétation incroyablement étroite ⁽⁷³⁾.

(71) Chambres réunies, 11 mars 1914, S., 18-19. 1. 403; D., 14. 1. 237. — L'arrêt de cassation, rendu d'abord par la Chambre civile dans cette affaire, présentait le caractère d'un arrêt d'espèce : Cass. civ., 4 août 1909 (S., 40. 1. 393, note Wahl).

(72) Pont, *Sociétés*, I, n° 69. La formule est reprise textuellement par la Chambre civile dans un arrêt Chevallier du 2 mars 1931 (D. H., 1931, 285).

(73) Lyon-Caen et Renault, *Traité*, II, n° 34; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Société*, nos 9 et 558; Wahl, note au S., 1910. 1. 393; Arthuys, *Traité des sociétés commerciales*, I, n° 174; Thaller, *Traité élémentaire*, n° 226; Thaller et Pic, *Sociétés*, I, nos 3 et suiv.; Bartin sur Aubry et Rau, VI, § 377, note 1 bis; Houpin et Bosvieux, I, nos 6-7; Hayem, *op. cit.*, nos 57 et suiv.

Mais il est permis de contester la théorie consacrée par l'arrêt Caisse rurale de Manigod. On peut même lui adresser le triple reproche d'être illégale, irrationnelle et arbitraire ⁽⁷⁴⁾.

Illégale. — Elle ajoute une exigence injustifiée à la définition de l'article 1832: Le terme « bénéfice » est aussi compréhensif que possible ⁽⁷⁵⁾ : partager le bénéfice de quelque chose, c'est participer aux avantages économiques qui en résultent. Cela est tellement vrai que le Code civil reconnaît lui-même des sociétés où les parties ne se proposent d'autre profit que l'usage commun des apports (art. 1836-1840 et art. 1841). C'est forcer le sens de la loi, c'est la violer que de poser l'équation : partage de bénéfice = adjonction matérielle au profit des patrimoines individuels des associés.

Irrationnelle. — Cette théorie matérialise le bénéfice, alors que personne ne songe à matérialiser la perte. Tout le monde admet que l'article 1855, 2^e al., est satisfait quand l'apporteur en industrie perd la rémunération de son travail, l'apporteur en jouissance, l'intérêt de ses avances de fonds. Si le manque à gagner constitue une perte, pourquoi le dommage évité ne constituerait-il pas un gain ? On méconnaît cette corrélation des profits et des pertes, qui est pourtant la caractéristique profonde de la société.

Arbitraire. — Cette théorie est impuissante à préciser l'importance matérielle que doit présenter l'accroisse-

(74) Comp. Planiol, *Traité élémentaire*, II, nos 1943 et 1990 (note); Michoud, *Théorie de la personnalité morale*, I, n° 101; Pichon, *op. cit.*, p. 33 et suiv., ainsi que les auteurs cités plus loin.

(75) Cela est surtout vrai du mot « bénéfice » au singulier. La loi Waldeck-Rousseau présente à ce sujet un léger défaut de parallélisme. Entre le singulier, employé en 1804, et le pluriel, employé en 1901, s'intercale de façon significative l'œuvre de la doctrine et de la jurisprudence, qui ont tellement glosé sur l'article 1832 que le partage du bénéfice est devenu la répartition des dividendes.

ment des patrimoines des associés. Or, la question est susceptible de soulever des difficultés. C'est ainsi que, dans un arrêt du 25 avril 1910, l'arrêt Syndicat des abonnés d'Aubenas, la Chambre des requêtes avait aperçu la notion de bénéfice dans les indemnités que le Syndicat pourrait obtenir du concessionnaire de l'éclairage et dans les amendes pour manquements aux statuts. Il s'agissait donc de bénéfices tout à fait secondaires et même hypothétiques; si nous y faisons allusion, c'est que, précisément, cette notion de gain positif, mais exceptionnel et éventuel, n'est pas étrangère au régime de séparation de biens. En l'espèce, ainsi que le remarqua M. Gaudemet (76) dans une importante note, la Chambre des requêtes s'était emparée d'une particularité accessoire pour sanctionner une conception large du bénéfice, s'étendant à tout avantage économique, à tout profit patrimonial d'ordre positif; et M. Gaudemet se demanda même s'il ne fallait pas aller plus loin encore, jusqu'au profit d'ordre négatif. En tout cas, l'arrêt Caisse rurale de Manigod vint briser l'épanouissement de cette jurisprudence souhaitable : le Tribunal civil de Thonon, jugeant après première cassation, s'était attaché à relever, dans la société coopérative de crédit, l'éventualité d'un bénéfice à partager, quelque lointaine et incertaine qu'elle fût, comme, par exemple, la distribution des réserves aux associés subsistant au jour de la dissolution (77); mais les Chambres réunies repoussèrent formellement l'argument invoqué. Il est, dès lors, certain que le rapprochement de l'arrêt de 1910 et de l'arrêt de 1914 laisse une impression d'indécision et d'arbitraire. Une décision récente de la Chambre des Requêtes, l'arrêt Société immobilière Mirabeau, en date du 21 décem-

(76) Req., 25 avril 1910, S., 43. 1. 481, note Gaudemet.

(77) Trib. civ. Thonon, 16 déc. 1910, sous Cass. Ch. réunies, 11 mars 1914, S., 48-49. 1. 103.

bre 1931, amorce peut-être un revirement jurisprudentiel vers une notion extensive du bénéfice⁽⁷⁸⁾.

L'interprétation étroite de l'article 1832 apparaissant comme condamnable à tous les points de vue, il convient de proposer une conception à la fois large et ferme sur la notion de bénéfice. Nous nous approprierons à ce sujet une formule extraite d'un ouvrage récent de M. J. Bonnecase : « La notion de bénéfice se caractérise essentiellement par la poursuite d'un but économique, que ce but se traduise par un accroissement positif du patrimoine du poursuivant ou par une perte épargnée à ce patrimoine. Sera en conséquence une société tout groupement ayant pour objectif appréciable la réalisation d'un bénéfice ainsi défini. Sera au contraire une association tout groupement se proposant comme objectif essentiel d'atteindre des fins désintéressées, le fonctionnement du groupement dût-il entraîner par ailleurs la possession ou la gestion de valeurs économiques. »⁽⁷⁹⁾.

Il résulte de cette formule que, pour savoir si le régime de séparation de biens constitue une société ou une association, il faut rechercher si son objectif *principal* est d'ordre économique ou désintéressé. La distinction du principal et de l'accessoire, parfois dédaignée⁽⁸⁰⁾, s'impose ici avec une force particulière. En effet, les auteurs qui parlent d'association conjugale sont dominés par cette pensée inconsciente que, dans tout régime matrimonial, les époux ont en vue des fins idéales : comment voir un objet lucratif, se demande-t-on, dans l'œuvre sacrée qui consiste à pourvoir à la vie du ménage et à l'éducation des enfants ?

(78) Req., 21 déc. 1931 (D. H., 1932, 49) : l'arrêt reconnaît que l'avantage négatif, procuré par un groupement de coopération, constitue un bénéfice au sens de l'article 1832.

(79) Bonnecase, 7^e éd. de Vavasseur, I, n° 244; comp. Vivante, *Traité de dr. comm.*, trad. Escarra, II, n° 319.

(80) V. par ex. Kayser, *op. cit.*, p. 174 et suiv.

Il est même curieux de rapprocher du sentimentalisme que cache la notion d'association conjugale une assertion de Guillouard, restée sans écho, d'après laquelle les sociétés fondées pour la direction d'une maison d'éducation ne seraient pas de véritables sociétés : « ceux qui, s'indignait le continuateur de Demolombe, se proposent comme but, dans l'accomplissement de ce rôle si grand, l'occasion de faire un gain, constituent fort heureusement de rares exceptions, flétries à juste titre par l'opinion publique » (81). En réalité, toutes ces discussions viennent de ce que l'on n'a pas distingué le principal et l'accessoire. La notion de société est beaucoup plus élastique que la notion d'association, enserrée dans l'armature d'une législation restrictive (82). La notion de société est assez souple pour ne pas exclure certaines fins désintéressées, accessoires à un objectif principalement économique. Que le régime de séparation de biens, comme tout régime, s'accompagne de vues idéales, personne ne le nie; mais le tout est de savoir si c'est là son objectif principal. La négative semble découler *a priori* de la distinction du mariage et du régime matrimonial, le premier ayant trait aux rapports personnels des conjoints, le second à leurs rapports patrimoniaux. C'est à la même conclusion que mène l'étude détaillée du régime de séparation de biens, car on constate que ce régime, dans sa structure interne, contient la notion de bénéfice précédemment définie, et la contient

(81) Guillouard, *Société*, n° 99. — *Contra* : Pont, *Sociétés*, n° 115; Laurent, XXVI, n° 229; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Société*, n° 561; Paris, 23 juill. 1832, D., 54. 2. 102. — L'arrêt connu de la Chambre des requêtes du 29 novembre 1897 (D., 98. 1. 108), ainsi que le remarquent MM. Baudry-Lacantinerie et Wahl, ne doit pas être considéré comme la consécration de la théorie de Guillouard.

(82) Ce point est mis en grand relief par M. Kayser, *op. cit.*, p. 176. « Ce serait, dit cet auteur, ajouter à la définition légale que d'exiger qu'une société soit exclusivement formée dans un but lucratif. La définition de l'association impose la solution contraire parce qu'elle est *limitative*; celle de la société, qui n'est qu'*indicative*, se prête à une extension naturelle. »

même sous deux formes : une forme normale, une forme exceptionnelle.

1° *Les bénéfices normaux résultant du régime de séparation de biens.*

Ces bénéfices sont des bénéfices d'ordre négatif, se rattachant à l'idée de perte évitée. On peut les classer sous deux chefs : assurance, économie.

Assurance. — Il faut partir de la disposition essentielle de l'article 1448 : s'il ne reste rien au mari, la femme doit supporter entièrement les frais du ménage et les frais d'éducation des enfants communs. Réciproquement, s'il ne reste rien à la femme, il n'est pas douteux que le mari doit supporter l'intégralité de ces frais. Sous le régime de séparation de biens, les époux peuvent donc subir des pertes dans la mesure la plus étendue. Ce n'est, d'ailleurs, que la transposition des obligations légales qui leur incombent du fait du mariage (art. 212) et de la procréation (art. 203). Mais justement, à raison des risques assumés par les deux conjoints, ne peut-on pas dire qu'ils retirent déjà un bénéfice en s'unissant pour les assumer ? N'est-ce pas un bénéfice que la possibilité de se décharger des pertes éventuelles sur un second patrimoine ? La notion de bénéfice, telle qu'elle a été dégagée, englobant la perte évitée au même titre que le gain positif, conduit à admettre sans hésiter l'affirmative. La situation n'est pas, au fond, différente de celle qui se présente dans les groupements d'assurances mutuelles, lesquels, contrairement à une opinion courante, sont des sociétés et non des associations⁽⁸³⁾.

(83) L'opinion dominante en doctrine en fait des associations : Lyon-Caen et Renault, II, nos 34 et 34 bis; Baudry-Lacantinerie et Wahl, nos 559 et suiv.; Houpin et Bosvieux, I, n° 7, II, n° 1842; Hayem, *op. cit.*, nos 127 et suiv. — Au contraire, une jurisprudence assez fournie et déjà ancienne décide que les groupements d'assurances mutuelles, et parfois même de secours mutuels, constituent des sociétés civiles (V. par ex. Cass. civ.,

On connaît la définition de Portalis⁽⁸⁴⁾ : « Le mariage est la *société* de l'homme et de la femme qui s'unissent... pour s'aider par des *secours mutuels* à porter le poids de la vie ». Ce langage fait peut-être aujourd'hui sourire par l'espèce de précision technique imprévue qu'il a prise depuis 1804. Cependant, appliqué non plus au mariage, mais au régime matrimonial, spécialement au régime de séparation de biens, il renferme une grande part de vérité⁽⁸⁵⁾. Le régime de séparation de biens s'analyse en un mécanisme rudimentaire d'assurances mutuelles, et l'on ne voit pas pourquoi la sécurité qu'y trouvent les conjoints ne constituerait pas un avantage d'ordre essentiellement économique, alors qu'une sécurité analogue ne s'obtient d'une compagnie à primes fixes qu'en échange d'une somme d'argent.

Economie. — La notion de ménage, à laquelle se réfère l'article 1448, doit être ici mise en vedette. C'est une vérité expérimentale que la communauté de ménage est une source d'économies. Une enquête minutieuse révélerait, sans aucun doute, que chaque poste de ce que l'on a appelé le budget matrimonial⁽⁸⁶⁾ est toujours d'un montant plus ou moins inférieur à la multiplication par deux du poste

13 mai 1887, S., 58. 1. 129). Mais, suivant une remarque souvent énoncée, cette jurisprudence n'a pas une portée très lumineuse, parce qu'elle n'est pas relative au dilemme société-association et se borne la plupart du temps à trancher le problème du caractère civil ou commercial des groupements (Req., 23 oct. 1889, S., 92. 1. 63, et les références).

(84) Locré, IV, p. 479-481.

(85) Par leur nature abstraite, les sociétés de secours mutuels s'apparentent aux sociétés d'assurances mutuelles. Seulement, en fait, il se trouve que les fins désintéressées l'ont souvent emporté chez elles sur l'objectif économique (c'est sous le couvert des sociétés de secours mutuels que se sont longtemps dissimulés les syndicats ouvriers). Il n'est donc pas surprenant qu'on les considère constamment comme des associations (Baudry-Lacantinerie et Wahl, n° 562), idée qui a influencé la définition confuse de l'article 1^{er} de la loi du 1^{er} avril 1898. On est pourtant, au fond, en présence de sociétés civiles. En ce sens : Thaller, *Annales de droit commercial*, 1891, p. 188 (du reste contredit par Thaller, *Traité élémentaire*, n° 237), et Pichon, *op. cit.*, p. 210 et suiv.

(86) Dereux, *Le budget matrimonial*, thèse Lille, 1923.

correspondant dans le budget d'un célibataire. Les époux réalisent ainsi, dans le régime de séparation de biens, les bénéfices d'ordre négatif qu'une société coopérative de consommation procure à ses membres⁽⁸⁷⁾, et ils se les partagent, selon l'essence de la coopération, en proportion de leurs consommations respectives et non de leurs parts sociales⁽⁸⁸⁾. Ce phénomène, ultime conséquence du devoir de cohabitation, a été depuis longtemps aperçu par les économistes, témoin un passage intitulé : *Les dépenses de ménage*, que l'on relève chez M. Charles Gide, dont on connaît le rôle éminent dans le mouvement coopératif : « Un socialiste que nous aimons à citer, dit M. Gide, tant ses divagations sont riches d'enseignements et de visions prophétiques, Fourier, avait fait de cette question du ménage la base de tout son système économique. Très frappé par l'énorme consommation et gaspillage — de denrées, de combustibles, de local, de service domestique — qu'impliquait la vie par ménage isolé, il avait imaginé le ménage collectif (le titre de son livre fondamental est l'*Association domestique et agricole*) et y avait vu une source inépuisable d'économies et par conséquent de richesses. *Le fait est incontestable. Si plusieurs personnes s'associent pour n'avoir qu'une maison, qu'un feu, qu'une table, elles trouveront certainement par là le moyen de se procurer la même somme de satisfactions avec beaucoup moins de dépenses...* A quoi cela tient-il ? aux mêmes causes qui

(87) Conformément à leur conception étroite de la notion de bénéfice, les auteurs rangent, en général, les sociétés coopératives de consommation dans la catégorie des associations, tout au moins tant qu'elles conservent le type coopératif le plus pur. En ce sens : Lyon-Caen et Renault, II, n° 34; Baudry-Lacantinerie et Wahl, nos 121 et 562; Arthuys, *Sociétés*, I, n° 174; II, n° 831; Thaller et Pic, *Sociétés*, n° 6; Houpin et Bosvieux, II, n° 1633; Hayem, *op. cit.*, nos 153 et suiv. En sens contraire : Hubert Vallex, *Revue des sociétés*, 1897, p. 316; Pichon, *op. cit.*, p. 114, 120-121.

(88) V. sur ce principe essentiel de la coopération : Alfred Nast, *Le régime juridique des coopératives*, thèse Paris, 1919, nos 7 et 49.

font que la production en grand est plus économique que la production isolée, causes que nous connaissons déjà et qu'il est facile de transposer, en les modifiant un peu, du domaine de la production dans celui de la consommation. Il est vrai qu'on peut répondre que la vie de ménage, autrement dit la famille, est déterminée par d'autres considérations que celles purement économiques et que les joies qu'elle donne aux hommes valent bien ce qu'elles coûtent. »⁽⁸⁹⁾. Quoi qu'il en soit de ces dernières réflexions, il suffit de constater que le régime de séparation de biens entraîne l'établissement d'un ménage à frais communs et qu'il en découle pour les conjoints un profit d'ordre négatif, cadrant avec notre interprétation de l'article 1832 du Code civil.

*2° Les bénéfices exceptionnels résultant du régime
de séparation de biens.*

À côté des bénéfices normaux dont il vient d'être question, prennent place des bénéfices exceptionnels. Il s'agit de gains positifs, consistant dans un accroissement de richesses, mais offrant une importance secondaire par rapport aux profits normaux et gardant, la plupart du temps, à la différence de ceux-ci, un caractère d'éventualité jusqu'à la dissolution du mariage. La société conjugale s'en sert (suivant l'expression employée par le jugement précité du Tribunal de Thonon pour qualifier des gains analogues dans une société coopérative de crédit) « comme d'un appât sans cesse fuyant pour stimuler le zèle de ses membres » ; on est en présence d'un « bénéfice soumis à un mode de partage un peu spécial, ingénieusement approprié au but principal de la société », et ce bénéfice exceptionnel d'ordre positif vient en quelque sorte s'ajouter à titre de condiment au bénéfice normal et négatif. Ce qu'il faut

(89) Charles Gide, *Cours d'économie politique*, 8^e éd., II, p. 488.

surtout remarquer, c'est que l'enrichissement qui en dérive au profit de l'un ou de l'autre des époux est engendré par le fonctionnement même du régime matrimonial, indépendamment de toute donation. Faisons apparaître maintenant ces bénéfices sous leur désignation technique : ce sont les *avantages matrimoniaux*. Contrairement à ce que l'on pourrait supposer, le régime de séparation de biens est susceptible de donner lieu à de tels avantages, et à des avantages non seulement en revenus, mais même en capital. Nous allons les passer en revue.

Lorsque la contribution forfaitaire de la femme est, à elle seule, plus que suffisante pour couvrir les charges du mariage, le mari est en droit de s'approprier l'excédent. C'est une solution que l'on n'hésite pas à admettre en argumentant *a fortiori* de l'article 1539. Or, elle aboutit à procurer au mari un bénéfice unilatéral⁽⁹⁰⁾.

Il se peut que le mari, au cours du mariage, ait joui des biens de la femme, sans mandat, et néanmoins sans opposition de celle-ci. « Lorsque la femme séparée, lit-on dans l'article 1539, a laissé la jouissance de ses biens à son mari, celui-ci n'est tenu, soit sur la demande que sa femme pourrait lui faire, soit à la dissolution du mariage, qu'à la représentation des fruits existants, et il n'est point comptable de ceux qui ont été consommés jusqu'alors. » Pour couper court aux difficultés intolérables d'un règlement de comptes, la loi présume que les revenus ont été dépensés dans l'intérêt du ménage, et l'épouse ou ses héritiers ne pourraient être admis à prouver que le mari, en

(90) Si l'avantage est ordinairement engendré au profit du mari, le cas inverse est concevable. Il peut être stipulé dans le contrat de mariage que la femme concentrera entre ses mains les contributions et les appliquera aux besoins du ménage. les économies qu'elle réalisera là-dessus lui appartiendront en propre. C'est ce qu'a décidé l'*arrêt Rigaud* de la Chambre des requêtes, du 19 mai 1920, D., 21. 1. 153, avec une note approbative de M. Lalou.

fait, les a utilisés pour ses besoins personnels⁽⁹¹⁾. De là, pour l'un des conjoints, la possibilité d'un enrichissement considérable résultant du fonctionnement du régime de séparation de biens. Cela est surtout vrai avec l'interprétation extensive qui est en vigueur sur les articles 1539 et 1578. Une jurisprudence déjà ancienne⁽⁹²⁾, consacrée par un arrêt de la Chambre civile du 18 juin 1908, l'arrêt Munet⁽⁹³⁾, et que la Cour d'appel de Toulouse vient de reprendre dans l'arrêt Malet du 27 mai 1927⁽⁹⁴⁾, décide que le mari n'est même pas tenu à la représentation des revenus qu'il a capitalisés et employés en son nom personnel⁽⁹⁵⁾. Cette jurisprudence développe le libéralisme du système légal sur les avantages matrimoniaux et le fait prévaloir ici sur la théorie de la subrogation réelle, pourtant fondamentale en matière de régime matrimonial. On voit maintenant que s'il existe un lien entre l'article 1578 et l'idée de société, il ne faut pas le chercher dans une conception superficielle de l'administration maritale, mais bien dans la notion de bénéfice.

L'article 559 du Code de commerce, au titre *De la faillite*, est ainsi conçu : « Sous quelque régime qu'ait été formé le contrat de mariage, hors le cas prévu par l'article précédent, la présomption légale est que les biens acquis par la femme du failli appartiennent à son mari, ont été payés de ses deniers, et doivent être réunis à la masse de son actif,

(91) Troplong, IV, n° 3707; Aubry et Rau, VIII, § 541, texte et note 16; Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, III, n° 1515. — Comp. Req., 19 décembre 1842, S., 43. 1. 165; D., 43. 1. 7.

(92) Req., 19 déc. 1842, précité; Req., 17 janv. 1860, S., 60. 1. 264; D., 60. 1. 66.

(93) Cass. civ., 18 juin 1908, S., 10. 1. 369, note Charmont; D., 1908. 1. 325.

(94) Toulouse, 27 mai 1927, S., 29. 2. 137, note Maurice Costes.

(95) Toujours dans le sens extensif, il a été jugé (Req., 28 janv. 1901, S., 1902. 1. 73, note Naquet; D., 1901. 1. 301) que l'article 1539 s'appliquait aux revenus d'un immeuble à usage d'hôtel, indivis entre les conjoints, alors même que la femme participait par son travail à l'exploitation de l'hôtel.

sauf à la femme à fournir la preuve du contraire. » Cette disposition est un débris de la fameuse présomption *Quintus Mucius*. Dans les pays de Droit écrit, on présumait jadis que les acquisitions faites par l'épouse, à titre onéreux, durant le mariage, avaient été payées avec l'argent du mari. Sous l'empire du Code, Troplong soutint que la présomption devait toujours être admise ⁽⁹⁶⁾. La discussion concernait surtout le régime dotal et le régime exclusif de communauté, parce qu'elle se rattachait à la question de savoir si l'industrie de la femme entre dans la constitution de dot; mais elle aurait pu être soulevée à propos de la séparation de biens ⁽⁹⁷⁾. En tout cas, après quelques fluctuations, la jurisprudence s'est prononcée pour le rejet absolu de cette présomption, nulle part écrite dans la loi ⁽⁹⁸⁾. Cependant, dans le cas de faillite, l'article 539 C. comm. reste debout, et son application sous le régime de séparation de biens peut être la source d'un enrichissement pour le mari, enrichissement non plus en revenus comme dans les hypothèses précédentes, mais en capital. La femme, si l'on suppose qu'elle ne peut pas ou ne veut pas exercer la preuve contraire, verra des biens, acquis en réalité par elle, passer dans le patrimoine du mari pour en acquitter le passif. On est bien en présence d'un bénéfice résultant du régime matrimonial, car c'est la structure du régime, en tant qu'elle ne comporte pas un fonds commun destiné à recueillir les acquêts des conjoints, c'est la structure du régime qui, combinée avec l'article 539 C. comm., permet de tels enrichissements ⁽⁹⁹⁾.

(96) Troplong, III, nos 2245 et suiv.

(97) Ce qui le prouve, c'est que l'article 539 du Code de commerce ne distingue pas entre les régimes.

(98) Cass. req., 18 mai 1897 (D., 97. 1. 407). Antérieurement, la Cour de cassation admettait la présomption mucienne à titre de simple présomption de fait. Comp. Planiol, *Traité élémentaire*, III, nos 1425 et 1659.

(99) L'extension que nous attribuons, de la sorte, à la notion d'avantage matrimonial paraîtra peut-être insolite, de prime abord. Elle n'est

Le régime de séparation de biens implique cohabitation. La cohabitation entraîne possession commune des meubles, ne serait-ce que des meubles nécessaires au ménage. On touche ici à un élément important du droit matrimonial : le mélange des meubles, élément matériel, physique, s'imposant avec la force irrésistible de la nature des choses. Le mélange des meubles a joué un rôle (que d'aucuns ont peut-être exagéré) dans le développement historique de la communauté conjugale ⁽¹⁰⁰⁾; et, en Droit positif, la jurisprudence l'a pris en considération par sa théorie des sociétés de fait entre concubins. Sous les régimes autres que la séparation de biens, ce fait juridique apparaît neutralisé soit par l'existence d'un fonds commun où le mobilier s'absorbe en principe, soit par les pouvoirs du mari sur les biens de la femme. Dans la séparation de biens, au contraire, le mélange des meubles se produit d'une manière crue, et il est visible qu'il peut avoir pour effet d'enrichir l'un ou l'autre des conjoints. En effet, par suite de cette confusion du mobilier, l'on admet que les créanciers d'un époux séparé de biens peuvent saisir tout ce qui se trouve au domicile conjugal ⁽¹⁰¹⁾. Sans doute réserve-t-on à l'autre conjoint le droit de former une demande en distraction (art. 608 C. proc.) en se contentant des preuves de droit commun ⁽¹⁰²⁾, sauf en matière de faillite où l'article 560 du

pourtant point neuve : il est déjà admis que le mécanisme légal des preuves peut servir à réaliser un avantage entre époux (ainsi jugé pour le défaut d'inventaire du mobilier sous le régime exclusif de communauté, Bruxelles, 27 févr. 1832, *Pasicrisie*, 32. 2. 50; comp. Laurent, XXIII, n° 403).

(100) A la fin du xvi^e siècle encore, la société elle-même n'est souvent envisagée qu'à travers la mixtion des meubles, ainsi que l'atteste une consultation de Guy Coquille, récemment publiée (*Nouvelle Revue historique*, 1928, p. 431).

(101) Aubry et Rau, VIII, § 532, texte et note 8; Guillouard, III, n° 1677, et, avec des distinctions : Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, III, n° 1540. — *Contra* Laurent, XXIII, n° 448.

(102) Ainsi jugé par l'arrêt *Princesse de Sagan*, Cass. civ., 22 mars 1882 (S., 82. 1. 241).

Code de commerce semble devoir s'appliquer⁽¹⁰³⁾. Il n'empêche qu'en plus d'un cas les biens de l'un des époux serviront à payer les dettes de l'autre. A considérer les rapports des époux entre eux, la possibilité d'un gain n'est pas moins évidente. En l'absence fréquente de preuves, la possession de chaque conjoint étant entachée d'équivoque, aucun ne peut se prévaloir de l'article 2279. Dans le doute, qui conservera les meubles ? Le mari, répond Toullier, à cause de la puissance maritale⁽¹⁰⁴⁾. L'époux propriétaire de la maison qui les contient, dit Baudry-Lacantinerie⁽¹⁰⁵⁾. Nul ne se demande si la possession et partant la propriété du mobilier litigieux n'appartiendrait pas à une troisième personne, qui serait le ménage personnifié ou, si l'on préfère, la société conjugale incluse, par hypothèse, dans le régime de séparation de biens. Nul ne se le demande, et l'on jugerait par trop paradoxal que la séparation de biens aboutît à une communauté de biens. Bornons-nous donc à constater que la solution adoptée, quelle qu'elle soit, pourra être génératrice de bénéfices au profit de l'un des époux.

Afin d'éviter de telles difficultés de preuve, la pratique notariale en est arrivée à insérer, dans les contrats de mariage établissant la séparation de biens, des présomptions de propriété concernant surtout le mobilier. Ce courant de pratique, longtemps inaperçu, a été signalé par M. Moissinac dans sa thèse précitée⁽¹⁰⁶⁾. Les contrats de mariage commencent par déclarer que « les effets mobiliers à l'usage personnel de l'un ou l'autre des époux, tels qu'ils existeront au jour de la dissolution du mariage, seront

(103) V. cependant, Paris, 7 nov. 1927, S., 28. 2. 57, note Béquignon.

(104) Toullier, XIII, n° 112. — Comp. C. civ. allemand, art. 1362, pour les rapports avec les créanciers.

(105) Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, III, n° 1539.

(106) Moissinac, *op. cit.*, p. 141-153, où sont transcrits des types intéressants de contrats de mariage.

réputés de plein droit appartenir à chacun d'eux ». Puis ils énoncent, relativement aux autres meubles, tantôt au profit du futur, tantôt au profit de la future, une présomption de propriété, réservant d'ordinaire expressément la preuve contraire ou, du moins, une certaine espèce de preuve contraire. On trouve même parfois la clause suivante : « tous autres objets mobiliers seront réputés appartenir indivisément et à chacun pour moitié ». Assez souvent, il est procédé à une catégorisation des meubles; ainsi : « L'argent comptant existant au domicile commun appartiendra aux époux chacun pour moitié. Les valeurs et objets quelconques déposés dans toutes banques et sociétés de crédit, ainsi que dans tous coffres-forts en location, appartiendront au titulaire des récépissés de dépôt ou de la location. » En tout cas, la jurisprudence ne semble pas mettre en doute la validité de ces présomptions conventionnelles⁽¹⁰⁷⁾. Or, sous l'aspect tout à fait particulier d'une question de preuve, on est ici en face de la notion d'avantage matrimonial dans sa forme la plus caractérisée⁽¹⁰⁸⁾, puisque l'enrichissement de l'un des conjoints en capital peut résulter des stipulations mêmes du contrat de mariage.

Tels sont les différents gains d'ordre positif auxquels est susceptible de donner lieu le régime de séparation de biens. Ces gains présentent un caractère doublement anormal : et parce qu'ils se partagent entre les époux d'une manière inégale et insolite, et parce qu'ils restent très souvent à l'état d'espérance ou d'éventualité. Ils ne sont jamais que l'accessoire des bénéfices négatifs précédemment décrits. C'est précisément cette dépendance des bénéfices exceptionnels, par rapport aux bénéfices normaux, qu'il faudra

(107) Req., 24 juin 1902, S., 1906. t. 340; Req., 4 mars 1903, S., 1906. 1. 396.

(108) Comp. Savatier, D. H., 1929, *Chronique*, p. 24 : cet auteur constate que le jeu des présomptions aboutit à créer entre les époux une communauté rudimentaire.

avoir en vue quand sera abordé le problème de la nature gratuite ou onéreuse des avantages matrimoniaux.

c) TROISIÈME ÉLÉMENT : L' « AFFECTIO SOCIETATIS ».

Ce nom latin ne doit pas faire illusion. Ce que l'on appelle *affectio societatis* en Droit français est quelque chose de très différent du raffinement psychologique que les Byzantins ont introduit, par voie d'interpolation, dans plusieurs fragments du Digeste. L'*affectio societatis* byzantine n'était autre que l'intention de constituer une société, intention dégagée par une analyse redondante⁽¹⁰⁹⁾. Cette conception subjective survit dans le langage moderne de certaines décisions de justice⁽¹¹⁰⁾; elle n'en est pas moins insoutenable. Si l'*affectio societatis* n'était que l'intention des parties, il vaudrait mieux la supprimer⁽¹¹¹⁾, car elle ferait double emploi avec un élément général du contrat de société : le consentement dans les contrats (art. 1108). En réalité, l'*affectio societatis* est un élément spécial, délimitant la société soit du côté de l'indivision, soit du côté de quelques contrats, comme le prêt ou le louage d'ouvrage avec participation aux bénéfices.

Cet élément spécial se rencontre-t-il dans le régime de séparation de biens ? M. Capitant, contestant la personnalité de la communauté conjugale, déclare qu'il ne faut pas confondre l'*affectio societatis* avec l'*affectio conjugalis*⁽¹¹²⁾. Nous avouons ne pas trop savoir ce qu'est, en

(109) V. en ce sens : E. del Chiaro, *Le contrat de société en Droit romain*, thèse Nancy, 1928, p. 149 et suiv., et les références, notamment : Salvadore, *Affectio societatis* (*Rivista di diritto civile*, 1911, p. 684), et Guarneri Citati, *Indice*, v^{is} *Affectio, animus, societas*. Le caractère postclassique de cette notion ne paraît pas contestable. — Comp. la scolie de Stéphane, *Basiliques*, XII, 1. 44.

(110) En voir la critique chez Thaller, note au D., 1904. 1. 237.

(111) C'est ce qu'a fait effectivement M. Wahl, *Précis de droit commercial*, n^o 469.

(112) Capitant, *De l'indivision qui suit la dissolution de la communauté de biens* (*Revue critique*, 1929, p. 63-124), n^o 3, note 5.

Droit positif, l'*affectio conjugalis*. Les paroles de M. Capiant valent, sans doute, comme une mise en garde contre les rapprochements trop faciles auxquels on pourrait se laisser aller sur le terrain sentimental. Mais c'est plutôt l'idée d'association conjugale qui encourt le reproche d'une telle confusion. Que l'on nous donne un critérium objectif de l'*affectio societatis*, et nous rechercherons sérieusement s'il se retrouve dans le régime de séparation de biens.

Pour M. Thaller, l'*affectio societatis* est une volonté de collaboration active⁽¹¹³⁾. Pour M. Pic, ainsi que pour MM. Lacour et Bouteron, c'est une pensée de coopération économique sur le pied d'égalité⁽¹¹⁴⁾. Ces termes sont, du reste, interprétés largement : « La collaboration, dit M. Ripert, est la jonction des forces de toute nature, travail, capital-chose, capital-espèces, en vue d'acquérir par cette jonction des bénéfices plus forts que n'en aurait produit la somme des actions isolées de ces différents facteurs. »⁽¹¹⁵⁾. Collaboration, coopération, tout cela existe dans le régime de séparation de biens, puisque les époux s'y proposent d'atteindre, par des moyens communs, notamment par des contributions pécuniaires, un but commun consistant dans la réalisation de bénéfices normaux déjà définis. On objectera que les conjoints ne sont pas placés sur un pied d'égalité, à raison de la puissance maritale et des pouvoirs du mari comme chef, lesquels persistent sous la séparation de biens. Mais l'égalité entre associés est-elle de l'essence de la société ? Ce qui prouve le contraire, c'est qu'elle ne se retrouve dans la commandite qu'au prix d'une distinction entre la gestion externe et la gestion interne, et qu'elle ne se retrouve pas du tout dans

(113) Thaller, *Traité élémentaire*, n° 238.

(114) Thaller et Pic, *Sociétés*, I, n° 70; Lacour et Bouteron, *Précis de droit commercial*, n° 208.

(115) Ripert, *Prêt avec participation aux bénéfices et société en participation* (*Annales de droit commercial*, 1905, p. 65).

les sociétés anonymes comportant des actions de priorité ou, dans une mesure aujourd'hui restreinte, des actions à vote plural.

M. Hamel a repris et systématisé la matière⁽¹¹⁶⁾. Il cherche le critérium objectif de l'*affectio societatis* dans une double caractéristique : volonté d'union ; volonté de participer directement aux risques de l'entreprise. Volonté d'union : c'est-à-dire convergence et non pas, comme dans les autres contrats synallagmatiques, opposition des intérêts. Or, la séparation de biens n'implique pas la séparation des intérêts, puisque les époux s'y unissent pour la poursuite d'un objectif économique défini : « Chacun des contractants, déclare M. Hamel, ne considère plus son contractant comme un adversaire ou un rival contre lequel il faut lutter pour réaliser un gain. Bien au contraire, un traité d'alliance est signé, alliance offensive et défensive, pour lutter contre les tiers ; et chacun des contractants, ayant précisé les bases de cette alliance, considère ensuite son associé comme un compagnon de lutte, un camarade de combat. »⁽¹¹⁷⁾. En quoi une telle description ne s'appliquerait-elle pas au ménage des époux séparés de biens ? Ne dit-on pas assez souvent que tout contrat de mariage est un traité d'alliance ? Nous n'insistons pas davantage, car on peut se demander si cette volonté d'union, qui caractérise la société (ainsi que l'association, du reste) au regard de l'indivision, ne ressortit pas à la théorie de la personnalité morale plus encore qu'à la théorie de la société. Les partisans de la réalité des personnes morales, tels que MM. Michoud, Hauriou, Bonnecase, affirment que la personnalité morale suppose, chez les membres du groupe, une « volonté collective »⁽¹¹⁸⁾, « l'idée de l'œuvre

(116) Hamel, *L'affectio societatis* (*Revue trimestrielle*, 1923, p. 761-792).

(117) Hamel, *loc. cit.*, p. 770. — Comp. Capitant, *De la cause des obligations*, n° 49.

(118) Michoud, *Théorie de la personnalité morale*, I, n° 34.

à réaliser », des « manifestations de communion » (119), « la conscience de l'intérêt collectif en jeu et du but réalisé ou à réaliser en fonction de cet intérêt » (120). La volonté d'union, incluse dans l'*affectio societatis*, n'est pas autre chose. Passons à la seconde caractéristique : volonté de courir en commun certains risques. C'est peut-être là le critérium le plus précis de l'*affectio societatis*. Sans doute tout contractant court-il des risques, mais des risques n'atteignant jamais l'existence du Droit lui-même et ne constituant pas un élément permanent du contrat au point d'en être une cause (121). Seulement qui ne reconnaît la présence de l'*affectio societatis* ainsi conçue dans le régime de séparation de biens ? Il suffit de relire l'article 1448 pour se rendre compte de l'étendue des risques courus par les époux séparés de biens. L'acceptation des risques de perte, tel est l'élément dont on se sert pour distinguer la société de contrats voisins, comme la participation aux bénéfices; tel est l'élément dont nous nous sommes servi pour différencier la séparation de biens des contrats où l'on avait voulu l'absorber, comme le bail à nourriture ou le contrat d'hôtel.

Ainsi, l'un après l'autre, dans le régime de séparation de biens, apparaissent les éléments constitutifs de la société.

d) QUATRIÈME ÉLÉMENT PRÉTENDU : LA CONSTITUTION
D'UN FONDS COMMUN.

A en croire quelques auteurs, il ne saurait y avoir de société sans un fonds commun (122). Si cela était exact, on

(119) Hauriou, *La théorie de l'institution et de la fondation* (Cahiers de la Nouvelle Journée, 1923).

(120) Bonnecase, *Supplément au Traité de Baudry-Lacantinerie*, IV, n° 456.

(121) Hamel, *op. cit.*, p. 772.

(122) V. par ex. Troplong, *Société*, I, n° 500; Boistel, *Précis de droit commercial*, 1^{re} éd., p. 249-250.

ne pourrait considérer le régime de séparation de biens comme une société. En effet, sous ce régime, les apports ne forment pas un fonds autonome, sur lequel les associés auraient des droits d'égale nature, se traduisant en parts d'intérêt. L'apport du mari ne cesse pas d'être sa propriété jusqu'à ce qu'il soit dépensé pour les besoins du ménage. L'apport de la femme consiste en deniers versés périodiquement entre les mains du mari. En un mot, les apports des deux associés sont constamment fondus dans le patrimoine personnel de l'un d'eux : à savoir, en principe, du mari, chargé de la gérance de la société. La situation n'est pas sans similitude avec ce qui se passe dans l'association en participation. « En l'absence de stipulations contraires, définit un arrêt de la Cour suprême, l'association en participation n'établit entre les contractants aucun lien de copropriété, susceptible de donner lieu, après la dissolution, à des opérations divisoires; il n'existe sous ce régime, ni actif, ni passif social, distincts des patrimoines personnels des participants, lesquels sont seulement comptables les uns envers les autres d'opérations que, vis-à-vis des tiers, chacun d'eux est réputé avoir suivies en son propre et privé nom. » (123). Tout au moins lorsque les apports consistent en choses fongibles, et notamment en argent, comme c'est le cas pour la séparation de biens, le gérant en devient seul propriétaire, sauf à être débiteur de leur valeur envers l'associé participant (124). Or, l'on s'accorde

(123) Req., 7 mai 1902 (D., 1902. 1. 286).

(124) Pont, *Sociétés*, II, n° 1841; Vavasseur, *Sociétés*, I, n° 323; Poulle, *Traité théorique et pratique des associations en participation*, n° 188; Thaller, *Traité élémentaire*, n° 378. — Au contraire, quand il s'agit de choses individualisées, la question est controversée. D'après la doctrine dominante (V. Lyon-Caen et Renault, II, n° 1059) et la jurisprudence (Req., 27 juin 1893, D., 93. 1. 488), chaque participant conserve la propriété de son apport. D'après Troplong (*Société*, n° 500), le gérant devrait être réputé seul propriétaire. M. Bonnecase (*De la condition juridique de l'apport dans l'association en participation* [Annales de Droit commercial, 1908, p. 5

à reconnaître que, malgré la terminologie équivoque du Code de commerce, les associations en participation sont de véritables sociétés ⁽¹²³⁾. C'est donc qu'une société peut exister sans fonds social. Personne n'a démontré ce point avec plus de relief que Paul Pont : « En droit aussi bien qu'au point de vue économique, dit-il, qu'est-ce au fond et en réalité qu'une société ? C'est la combinaison de forces ou, en termes d'économie politique, de capitaux destinés à être employés dans un intérêt commun, comme susceptibles de produire, par leur réunion même, des résultats que l'action individuelle et isolée des associés serait impuissante à procurer. Ce qui caractérise la société, c'est donc l'emploi, pour l'utilité commune, des capitaux (argent, fonds de terre, crédit, industrie, etc.) que chacun des associés met à la disposition de l'association. *Qu'importe, dès lors, la situation juridique des capitaux apportés, du moment qu'ils peuvent être employés dans l'intérêt de tous, et qu'ainsi peut être atteint le but en vue duquel l'association s'est formée ?* » « Et il ne faut pas dire, continue Paul Pont, que ces affirmations, absolument conformes aux données de la science, sont en dehors de la législation positive et condamnées par la loi civile et commerciale; on en trouve, au contraire, la confirmation dans l'économie même de la loi. Est-ce qu'il y a copropriété des apports dans les associations organisées sous la dénomination de société en nom collectif, en commandite et anonyme ? Non : il y a une personne juridique, un être moral, qui, au regard des tiers comme pour les associés eux-mêmes, est seul propriétaire des apports faits à la société. Or, si la société collective, en commandite ou anonyme, retient son caractère de société bien que la copropriété des apports

et suiv., spécialement p. 25]) a proposé de présumer en principe la copropriété des participants sur les apports.

(123) *Répertoire prat.* Dalloz, v^o Société, n^o 4190; Pont, *Sociétés*, II, n^o 1779; Lyon-Caen et Renault, II, n^o 1030; Thaller, *Traité élémentaire*, n^o 478.

disparaisse et s'efface devant la propriété exclusive de l'être moral, pourquoi la participation perdrait-elle ce caractère de société dans le cas où la propriété de la masse a été transférée au gérant ou à l'administrateur par les conventions des parties.⁹ Entre les deux situations, l'analogie est complète au point de vue qui nous occupe : car étant donné que le caractère de société persiste bien que la propriété de la masse réside sur la tête d'une seule personne, *il est sans importance que cette personne soit un être moral qui personnifie la société tout entière ou un gérant avec lequel elle s'identifie complètement pendant sa durée*. En résumé, nous l'avons dit et nous insistons sur ce point, ce qui est nécessaire, c'est qu'il y ait des mises ou des apports destinés à être employés dans un intérêt commun. Cela étant, il n'y a pas à se préoccuper de la propriété de ces apports : que les participants en soient propriétaires, qu'ils appartiennent en totalité à l'un d'eux, ou même qu'ils restent fractionnés entre les mains des associés, la participation est, dans tous les cas, une société véritable. »⁽¹²⁶⁾. D'ailleurs, pour reprendre une remarque très judicieuse de M. Bonnecase⁽¹²⁷⁾, dans une société ordinaire où chaque associé n'apporte que son industrie, comment concevoir que les apports constituent un fonds commun ? l'industrie des associés ne saurait pas plus entrer dans le patrimoine social qu'elle n'est réellement comprise dans un patrimoine individuel. Aussi bien l'article 1832 ne parle-t-il pas de fonds commun, mais simplement de mise en commun. Et l'exigence d'une mise en commun est satisfaite dans le régime de séparation de biens, puisque les apports sont affectés à l'objet de la société, en l'espèce à l'entretien du ménage et à l'éducation des enfants.

(126) Paul Pont, *Sociétés*, II, n° 1779.

(127) Bonnecase, *loc. cit.* (*Annales de droit commercial*, 1908, p. 14) .

B. — PLACE DU RÉGIME DE SÉPARATION DE BIENS DANS LES DIVERSES CLASSIFICATIONS DES SOCIÉTÉS. — REFUTATION DE QUELQUES OBJECTIONS POSSIBLES.

La société, synthétiquement définie, est un groupement de forces humaines en contemplation d'un objectif économique. Le régime de séparation de biens répond, dans sa structure, à cette notion. Il reste, pour achever de caractériser sa nature juridique, à le faire entrer dans quelques-unes des classifications abstraites des sociétés. La société constituée par ce régime matrimonial prend d'abord place parmi les sociétés civiles, puisque son objet n'a évidemment rien de commercial. Cet objet, circonscrit par les textes mêmes qui définissent les apports des conjoints, englobe toutes les opérations destinées à pourvoir aux charges pécuniaires du mariage ⁽¹²⁸⁾, c'est-à-dire toutes les opérations tendant à assurer l'entretien du ménage, y compris l'éducation des enfants communs ⁽¹²⁹⁾. A d'autres égards, le régime de séparation de biens rentre sans difficulté dans la catégorie des sociétés particulières : il n'affecte pas

(128) Le langage courant, suivi par nous, parle indifféremment de charges du mariage et de charges du ménage. Le Tribunal civil de Boulogne (5 mars 1908, D., 1909. 2. 17), au sujet de la loi du 13 juillet 1907, a pourtant voulu faire une distinction : il y aurait charges du ménage seulement lorsque la famille vit, unie, sous le même toit; charges du mariage dans toutes les hypothèses en général, que les époux vivent ou non en commun. Cette manière de hiérarchiser les deux expressions n'est pas admissible, car, injustifiable rationnellement, elle est, en outre, étrangère au système légal (comp. art. 1448 et 1537).

(129) Là encore, à propos de la loi du 13 juillet 1907, une controverse s'est élevée. M. Wahl (note sous Paris, 7 déc. 1907, S., 1909. 2. 129, § 2, VII) a soutenu exégétiquement que les charges du ménage, dont cette loi organise l'exécution par une procédure spéciale de saisie-arrêt, ne comprennent pas l'entretien et l'éducation des enfants communs. Il y a là quelque chose de choquant et de contraire à l'usage courant du mot. « Par ce nom de ménage, disait déjà, au xvi^e siècle, Olivier de Serres (*Théâtre de la nature*, 818), est entendue toute la famille : particulièrement en plusieurs endroits de ce royaume, les petits enfants sont appelés ménage. » Aucun rapprochement de textes, aucun argument tiré des travaux préparatoires, ne peut prévaloir contre la signification obvie que la langue d'un pays assigne à une expression légale.

l'universalité des biens, et l'on peut dire, d'accord avec la vérité profonde, que les époux sont associés pour une entreprise désignée (art. 1842).

Contre l'assimilation pleinement établie du régime de séparation de biens et de la société, plus d'une objection est à prévoir, si l'on en juge par ce qui se passe en matière de communauté. C'est ainsi qu'une opposition sera sans doute dressée entre l'immutabilité des conventions matrimoniales (laquelle, d'ailleurs, n'est pas absolue au cas de séparation judiciaire, à raison de l'art. 1451) et la faculté reconnue aux associés ordinaires de modifier le pacte social; entre les pouvoirs prépondérants dont le mari se trouve obligatoirement investi (ce qui est ici théorique, car, d'après la jurisprudence, la femme séparée peut exercer ces pouvoirs) ⁽¹³⁰⁾ et la liberté de choix qui règne sur ce point dans les sociétés; entre les modes de dissolution du régime, qui ne prend fin qu'avec le mariage, et la possibilité de faire cesser une société ordinaire, à tout moment, par accord des parties ou même par volonté unilatérale (art. 1869). On retrouvera toutes ces différences sous le régime de communauté, où leur problème se pose avec le plus d'ampleur. Il suffit, pour l'instant, de constater que, dans la mesure où elles existent vraiment, elles ne concernent que des questions de détail. La loi n'a pas prétendu couler toutes les sociétés dans le même moule. Le régime de séparation de biens, tout en entrant dans les classifications abstraites des sociétés, garde une physionomie appropriée à son but spécial, but qui est en liaison intime avec le mariage.

(130) V. sur cette tendance jurisprudentielle l'arrêt Rigaud, Req., 19 mai 1920, D., 21. 1. 153, note Lalou. Cet arrêt ne semble pas mettre en doute que, sous le régime de séparation de biens, le contrat de mariage peut remettre la direction du ménage à l'épouse. Comp. plus bas, p. 123 et 129

II. — Deuxième proposition : Le régime de séparation de biens constitue une société civile dotée d'une personnalité morale embryonnaire.

A. — REGIME DE SEPARATION DE BIENS, ASSOCIATION EN PARTICIPATION, PERSONNALITE, MORALE

Nous avons noté tout à l'heure, quant à la condition juridique de l'apport, une identité de structure entre le régime de séparation de biens et l'association en participation. Cette constatation ne conduit-elle pas à faire une précision de plus ? La jurisprudence reconnaît que l'association en participation n'est pas forcément cantonnée dans le domaine du droit commercial et peut présenter les caractères d'une société civile⁽¹³¹⁾. Le régime de séparation de biens, société civile, ne constitue-t-il pas une de ces transpositions de la société en participation dans le Droit civil ?⁽¹³²⁾. La gravité du problème apparaît si l'on se rappelle que la loi du 24 juin 1921, modifiant l'article 49 du Code de commerce et sanctionnant, du reste, l'opinion reçue dans la doctrine⁽¹³³⁾ et la jurisprudence antérieures, dénie expressément à l'association en participation la per-

(131) Cass. req., 17 juill. 1861 (S., 62. 1. 374; D., 62. 1. 118); Comp. Vavas-
seur, I, n° 312.

(132) On pourrait songer à une différence au point de vue de la respon-
sabilité des associés. La participation n'est, semble-t-il, qu'une com-
mandite occulte, où les participants, par opposition au gérant, ne ris-
quent que leurs apports. Au contraire, dans le régime de séparation de
biens, la femme, autant que le mari, peut être tenue du passif person-
nellement et indéfiniment. Mais la différence n'a rien d'essentiel. En
effet, à côté de la participation-commandite, qui est la plus répandue,
on admet qu'il peut exister une participation-société en nom collectif (Paul
Guidot, *Essai critique sur les sociétés commerciales en participation en
droit français*, thèse Dijon, 1911, p. 127). — Comp. Vavas-
seur, I, n° 322; Aix, 16 mai 1868 (S., 70. 2. 332); Cass. req., 10 août 1875 (D., 77. 1. 110)
et 23 juill. 1877 (S., 77. 1. 405; D., 78. 1. 88).

(133) En ce sens : Duvergier, *Sociétés*, n° 407; Troplong, *Société*, I, nos 480
et suiv., et 864; Delangle, *Des sociétés commerciales*, II, nos 593 et suiv.;
Paul Pont, *Sociétés*, II, n° 1801; Aubry et Rau, I, § 54, note 31; Vavas-
seur, I, n° 315; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Société*, n° 13; Poulle, *Traité*

sonnalité morale. Si la séparation de biens est une société civile en participation, elle ne saurait constituer une personne morale.

Mais, en réalité, l'association en participation se distingue du régime de séparation de biens: elle est occulte; c'est même son caractère essentiel d'après la théorie qui a prévalu⁽¹³⁴⁾ et qui a été consacrée par la loi de 1921; et c'est justement parce qu'elle est occulte que les tribunaux, puis le législateur, lui ont finalement refusé la personnalité morale. Cette filiation des idées est manifeste dans l'arrêt de la Cour de cassation du 2 juin 1834, l'arrêt Mouroult⁽¹³⁵⁾, qui mit fin aux hésitations jurisprudentielles⁽¹³⁶⁾, comme aussi dans le texte modifié de l'article 49 du Code de commerce. Cela est tellement vrai que, sous l'empire de la législation antérieure à 1921, M. Bonnecase avait soutenu ingénieusement que le refus de la personnalité morale aux participations ne se comprenait plus, en bonne logique, en présence de la jurisprudence nouvelle recon-

théorique et pratique des associations en participation, nos 73. et suiv.; Lyon-Caen et Renault, *Traité*, II, n° 1037; Thaller, *Traité élémentaire*, n° 379; Thaller et Pic, *Sociétés*, I, n° 159. — Dans le sens de la personnalité: Merlin et Pardessus, consultation résumée au S., 1831. 2. 202 (comp. Pardessus, *Cours de droit commercial*, nos 1045, 1066, 1089); Persil, *Des sociétés commerciales*, n° 138; Bravard-Veyrières, *Manuel de droit commercial*, n° 88.

(134) Une partie de la doctrine soutenait que seul le caractère momentané était de l'essence de la participation; voir la controverse dans Poulle, *op. cit.*, nos 41 et suiv. Le caractère occulte l'emportait en jurisprudence: Cass. req., 30 juill. 1877 (S., 77. 1. 473); C. civ., 26 août 1879 (S., 79. 1. 454); Req., 23 avril 1904 (D., 1906. 1. 209).

(135) Cass. civ., 2 juin 1834 (S., 34. 1. 603).

(136) Arrêts ayant admis la personnalité de la participation: Cass. civ., 19 juin 1826 (S., 27. 1. 113); Paris, 26 juin 1824 (*Rép. Dalloz*, v° *Société*, n° 1655); Paris, 9 août 1831 (S., 31. 2. 259, 2^e chambre; cet arrêt est remarquable en ce qu'il part du principe que toute société est revêtue de la personnalité morale); Bordeaux, 2 avril 1832 (S., 32. 2. 327); Paris, 22 nov. 1834 (S., 35. 2. 69, 1^{re} Chambre). — *Contra* Paris, 19 avril 1831 (S., 31. 2. 202, 3^e Chambre). — Depuis l'arrêt Mouroult, la jurisprudence était fixée: Cass. civ., 19 mars 1838 (S., 38. 1. 343); 19 févr. 1868 (S., 68. 1. 297); 20 mars 1900 (D., 1901. 1. 477); 3 nov. 1914 (D., 16. 1. 191).

naissant la personnalité aux sociétés civiles, également occultes⁽¹³⁷⁾. Aujourd'hui, bien entendu, on ne peut que s'incliner devant la lettre de l'article 49. La décision de la loi se conçoit, d'ailleurs, assez bien. Si la société civile est occulte, ce n'est pas de la même manière que l'association en participation. Pour mieux dire, il ne faut pas confondre le caractère occulte avec la simple absence de publicité⁽¹³⁸⁾. Une société civile ne remplit pas de formalités de publicité, mais elle n'en révèle pas moins son existence à ceux qui entrent en relations juridiques avec elle, car les administrateurs agissent ès qualités, au nom de la société. Au contraire, le gérant d'une participation accomplit toutes les opérations sociales en son nom personnel⁽¹³⁹⁾. « Ce qui constitue éminemment l'essence de la participation, déclare Paul Pont, c'est que l'associé qui agit n'use que de son propre crédit. »⁽¹⁴⁰⁾. Ce n'est pas de la publicité, mais de l'ostensibilité, de l'absence de secret, que la personnalité morale est le corollaire⁽¹⁴¹⁾. En tout cas, il est certain que la séparation de biens n'est pas une société en participation : non seulement elle n'est

(137) Bonnecase, article précité (*Annales de droit commercial*, 1908, p. 15-20). — Comp. Guidot, *op. cit.*, p. 103-126 : cet auteur, adversaire de la personnalité morale dans tous les domaines, voulait cependant en appliquer les conséquences à la participation, comme aux autres sociétés, au moyen de la théorie du patrimoine d'affectation.

(138) Il y a là deux idées différentes, auxquelles le législateur de 1921 a consacré deux paragraphes distincts de l'article 49 du Code de commerce : Les associations en participation sont des sociétés dont l'existence ne se révèle pas aux tiers. — Elles ne sont pas sujettes aux formalités de publicité prescrites pour les autres sociétés de commerce.

(139) Si les tiers avaient, en fait, une connaissance personnelle de la participation, la situation serait la même (Vavasseur, I, n° 315, Douai, 15 juill. 1892, *Revue des sociétés*, 1893. 20).

(140) Paul Pont, *Sociétés*, II, n° 1796.

(141) En ce sens, Thaller, *Traité*, n° 298. — La participation est ce que Thaller nomme une « société fermée » (Comp. le Code civil espagnol, qui refuse la personnalité aux sociétés civiles « dont les clauses demeurent secrètes entre les associés »). La distinction nous semble analogue à celle qui existe entre le mandat, ostensible quoique non publié, et la convention de prête-nom, occulte.

pas secrète, mais elle est soumise à la publicité la plus efficace. Outre que la célébration du mariage est publique (et tout mariage suppose une société conjugale dont la séparation de biens est le minimum), le type de société fonctionnant en l'espèce peut lui-même être connu, grâce à la publicité organisée par la loi du 10 juillet 1850 quant à la séparation contractuelle, et par l'article 1443 du Code civil et l'article 872 du Code de procédure quant à la séparation judiciaire ⁽¹⁴²⁾. Il ne faut pas objecter que chaque époux traite les affaires sociales en son nom personnel. Une fois connue l'existence du mariage et de la séparation de biens, les tiers cocontractants ne peuvent raisonnablement ignorer que tel ou tel contrat intéresse, non pas un conjoint individuellement, mais la société conjugale (ce qui est, du reste, tout à leur profit, car leur gage s'en trouve augmenté). En effet, les opérations qui constituent l'objet limité du régime de séparation de biens ont un caractère très généralement univoque : les époux, par exemple, commandent des denrées ou des vêtements, louent une maison d'habitation, placent les enfants communs dans un établissement d'instruction. Personne ne peut s'y tromper. Les fournisseurs eux-mêmes (on verra que cela est relevé par les arrêts) entendent faire confiance au ménage et non à l'un des époux isolément. Bien souvent, ce sera la femme qui accomplira les actes en question. Or, la femme, en vertu d'un usage aujourd'hui corroboré par la loi, porte le nom du mari, et l'on ne peut mieux caractériser cet effet direct du mariage qu'en disant, avec Charles Beudant, que le nom du mari est au fond la raison sociale de la société conjugale ⁽¹⁴³⁾, cette raison so-

(142) Sans préjudice de la publicité spéciale aux commerçants, prévue par les articles 63 à 70 du Code de commerce et par l'article 4-7° de la loi du 18 mars 1919 créant le registre du commerce, et réorganisée en dernier lieu par la loi du 28 mars 1931.

(143) Beudant parlait, du reste, suivant les errements traditionnels, d'as-

ciale dont sont privées les associations en participation. Ajoutons une dernière remarque : alors que les associations en participation, dans leur type traditionnel et habituel, se forment pour une durée momentanée, la permanence est dans les vœux du régime de séparation de biens comme de tous les régimes matrimoniaux ⁽¹⁴⁴⁾. Publicité, durée : la séparation de biens, ce n'est pas douteux, se présente avec un caractère d'organisme qui appelle la personnalité morale.

Ce n'est donc pas de l'absence d'un fonds commun que l'on a déduit le défaut de personnalité de l'association en participation : la proposition inverse serait même plus exacte. Ceci est très important pour la compréhension de la nature juridique du régime de séparation de biens. On pourrait croire que la personnalité morale présuppose l'existence d'une universalité juridique et que celle-ci ne peut consister que dans une masse délimitée d'actif et de passif, soumise à une condition juridique autonome, et se détachant en quelque sorte tangiblement et matériellement des patrimoines propres des associés ⁽¹⁴⁵⁾. Le régime de séparation de biens ne remplirait certainement pas cette

sociation conjugale (*Cours de droit civil français*, t. I, n° 301) : « Le mari, d'après les traditions, est le chef responsable de l'association conjugale; son nom en est la *raison sociale* : donc les deux associés le portent... Cependant nulle part cela n'est écrit; c'est seulement du droit coutumier; de là, certaines variétés locales. Il est quelques pays et aussi certaines professions où le mari joint à son nom celui de la femme, et où des deux noms réunis on fait en quelque sorte la *raison sociale* de l'association conjugale. » — Comp. art. 299 et 311, modifiés par la loi du 6 février 1893.

(144) Il semble que cela ne soit pas tout à fait exact de la séparation judiciaire, puisqu'il est possible de rétablir le régime primitif (art. 1451). Mais, même en ce cas, il n'y a pas de commune mesure entre un régime matrimonial, destiné à organiser la vie patrimoniale du ménage, et une association en participation, poursuivant une spéculation isolée et fugitive.

(145) Comp. sur les rapports des notions de personnalité morale et d'universalité juridique, Gary, *Les notions d'universalité de fait et d'universalité de droit*, thèse Bordeaux, 1931, p. 199 et suiv.

exigence, puisqu'il ne comporte ni fonds commun, ni dettes corrélatives, dont les époux, pris individuellement, ne soient pas les seuls titulaires apparents. Mais un tel raisonnement serait, selon nous, spécieux. L'universalité juridique n'est pas le substratum nécessaire de la personne morale. Ce ne sont pas les universalités juridiques qui se personnifient, mais les intérêts collectifs. Ce n'est pas le patrimoine qui fait la personne morale (ce qui nous rejetterait dans les théories « matérialistes et quasi féodales »⁽¹⁴⁶⁾ de la personnalité-propriété collective ou de la personnalité-patrimoine d'affectation)⁽¹⁴⁷⁾, c'est la personne morale qui a un patrimoine. L'idée du patrimoine, ainsi que le déclarent Aubry et Rau, se déduit directement de celle de la personnalité⁽¹⁴⁸⁾. La condition juridique des éléments concrets du patrimoine est dès lors sans influence. Dans le régime de séparation de biens, l'actif social consiste en meubles fongibles, en deniers destinés à être dépensés au jour le jour, à peine recueillis. Comme dans l'article 2279, la loi n'a fait que calquer la réalité des choses en décidant que les deniers seraient la propriété de celui qui en aurait le maniement et partant la possession. Il n'empêche que les caractéristiques de l'universalité juridique se retrouvent ici, sous-jacentes à la séparation de biens. On peut dire que les divers éléments de l'actif, c'est-à-dire les contributions respectives des époux, sont « reliés entre eux par la nécessité de répondre d'un passif inhérent à leur groupement originaire, à leur affectation et aux incidents de la vie juridique dont ils ont fourni la matière »⁽¹⁴⁹⁾, ce passif étant constitué, en l'espèce, par

(146) Josserand, *Essai sur la propriété collective* (Livre du centenaire du Code civil, I, p. 362).

(147) V. l'examen critique de ces théories dans J. Bonnecase, *Supplément au Traité de Baudry-Lacantinerie*, IV, nos 39 à 51.

(148) Aubry et Rau, IX, § 573.

(149) Bonnecase, *Supplément*, IV, n° 254 bis.

les dettes contractées pour l'entretien du ménage et l'éducation des enfants communs. Et comme les éléments d'une universalité juridique sont considérés moins dans leur individualité que dans leur valeur économique⁽¹⁵⁰⁾, on conçoit que la question de la propriété des apports formant l'actif n'ait qu'une importance secondaire au point de vue qui nous occupe. Le patrimoine de la personne morale, étant, ainsi que tout patrimoine, d'une nature purement intellectuelle⁽¹⁵¹⁾, ne perd pas son unité idéale parce que les objets extérieurs, auxquels se rattachent ses éléments actifs et passifs, se trouvent en apparence dispersés sous des conditions juridiques hétérogènes et transitoires⁽¹⁵²⁾. Il est donc permis de conclure que le problème de la personnalité morale n'est en rien préjugé par celui du fonds commun ou, plus largement, de l'universalité juridique; c'est d'une manière directe et principale qu'il doit être résolu.

B. — LA PERSONNALITE MORALE DU REGIME
DE SEPARATION DE BIENS

Du moment qu'il est établi que le régime de séparation de biens constitue une société civile et qu'il diffère essentiellement de l'association en participation, il semblerait démontré par là même que ce régime matrimonial est doté de la personnalité morale. En effet, aux termes d'une jurisprudence que l'on peut considérer comme acquise depuis la fin du siècle dernier, puisqu'elle repose sur trois arrêts de principe de la Cour de cassation, que rien n'est venu démentir : les arrêts Duc de Rivoli, Fontenay et Société

(150) Bonnecase, *Supplément*, IV, n° 253.

(151) Aubry et Rau, *loc. cit.*

(152) Nous verrons que la communauté conjugale se comporte, à beaucoup d'égards, comme un banquier des époux. Dans la séparation de biens, la situation n'est-elle pas renversée ? les époux ne sont-ils pas les banquiers de la personne morale, incluse, par hypothèse, dans ce régime matrimonial ?

hippique de Cavaillon ⁽¹³³⁾, les sociétés civiles (sous réserve du cas d'une société civile en participation) constituent des personnes morales. Seulement, il se trouve que cette jurisprudence n'a pas obtenu les suffrages unanimes de la doctrine et qu'elle est encore aujourd'hui contestée dans son bien-fondé ⁽¹³⁴⁾. On ne peut donc pas se contenter de l'invoquer pour trancher le problème. C'est pourquoi nous allons essayer de démontrer d'une façon positive que le régime de séparation de biens répond à la notion de personnalité morale.

A cet effet, nous emprunterons purement et simplement à M. Bonnecase sa magistrale énumération des propositions essentielles, dans lesquelles se résume la théorie de la réalité des personnes morales ⁽¹³⁵⁾, théorie à laquelle il nous paraît difficile de ne pas adhérer, et nous montrerons que ces propositions trouvent en matière de séparation de biens leur exacte application.

a) *Première proposition.* — La personnalité morale suppose l'existence d'un intérêt collectif, par opposition à la personnalité physique, qui est l'expression de l'ensemble des intérêts inhérents à chaque individu et s'im-

(133) Duc de Rivoli (Req., 23 févr. 1891, S., 92. 1. 73; D., 91. 1. 337); Fontenay (Req., 2 mars 1892, S., 92. 1. 497; D., 93. 1. 169); Société hippique de Cavaillon (Req., 2 janv. 1894, S., 94. 1. 129; D., 94. 1. 81). — Depuis 1894, la Cour suprême semble considérer cette solution comme hors de doute : arrêt précité Syndicat des abonnés d'Aubenas (Req., 23 avril 1910, S., 1913. 1. 481); arrêt Société de consommation de l'Est (Civ., 22 nov. 1911, D., 1913. 1. 83).

(134) Critiquent notamment la jurisprudence sur le terrain légal : Meynial, note au S., 1892. 1. 73 et 497; Lyon-Caen et Renault, *Traité*, II, nos 105 et 140; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Société*, n° 41 (et les références); Colin et Capitant, *Cours élémentaire*, II, p. 619 (qui proclament cependant l'excellence pratique de la solution jurisprudentielle); Lacour et Bouteron, *Précis de droit commercial*, n° 233 (avec la même remarque).

Approuvent, au contraire, la jurisprudence : Planiol, *Traité élémentaire*, II, n° 1986; Thaller, *Traité élémentaire*, nos 280 et suiv.; Houpin et Bosvieux, *Traité général théorique et pratique des sociétés*, 6^e éd., I, n° 59; Bonnecase, *Supplément au Traité de Baudry-Lacantinerie*, IV, nos 131-136.

(135) Bonnecase, *Supplément*, IV, nos 153 à 159.

posant à la protection du Droit. C'est un point capital. L'existence de cet intérêt collectif a parfois été mise en doute en ce qui concerne les sociétés et, en particulier, les sociétés de personnes. Une telle contestation est absurde : on admet qu'un associé est en faute si, dans un conflit entre son intérêt et celui de la société, il ne donne pas la préférence à ce dernier ⁽¹⁵⁶⁾; c'est reconnaître qu'il y a un intérêt collectif dépassant les intérêts individuels des associés. Combien cela est-il plus vrai encore dans un régime matrimonial ! Dans le régime de séparation de biens comme dans tout autre régime, l'intérêt collectif, l'intérêt du ménage (ce qui comprend non seulement le mari et la femme, mais, le cas échéant, les enfants communs), apparaît au suprême degré comme extérieur et supérieur aux intérêts particuliers des conjoints. C'est même une vérité expérimentale que la vie de la famille est faite du sacrifice constant de ces intérêts particuliers à cet intérêt collectif. Celui-ci, bien que d'ordre principalement pécuniaire comme dans toute société, se trouve renforcé par les éléments moraux qui vivifient le droit de famille ⁽¹⁵⁷⁾. Il ne s'agit pas, du reste, d'une discussion de philosophie pure. *La loi du 13 juillet 1907*, qui domine tous les régimes matrimoniaux par des dispositions d'ordre public, *a fait pénétrer la notion de cet intérêt collectif dans le Droit positif français*. A plusieurs reprises (art. 2; art. 3, al. 2, 3, 4), il y est question de *l'intérêt du ménage*. Le ménage n'est autre chose, dans tous les régimes, que la société conjugale personnifiée; l'intérêt du ménage est

(156) Pont, *Sociétés*, n° 327; Laurent, XXVI, n° 259; Guillouard, *Soc.*, n° 208; Houpin et Bosvieux, I, n° 89. — Paris, 26 avril 1850, S., 50. 2. 329; D., 50. 2. 129. — *Contra* Huc, XI, n° 70. — Cette opposition de l'intérêt collectif et de l'intérêt individuel est même inscrite dans les textes : Art. 1859-2° : « Chaque associé peut se servir des choses appartenant à la société... pourvu qu'il ne s'en serve pas contre l'intérêt de la société. »

(157) V. sur ce point Bonnecase, *La Philosophie du Code Napoléon appliquée au Droit de famille*, 2^e éd., n° 2.

l'intérêt collectif concrétisé par la personne morale. La loi de 1907 lie notamment à l'intérêt du ménage les obligations pécuniaires des époux. Cela nous ramène à la séparation de biens : la contribution aux charges du ménage atteste l'existence d'un intérêt collectif d'ordre pécuniaire, à la satisfaction duquel les conjoints doivent pourvoir.

b) *Deuxième proposition.* — La personnalité morale nécessite l'existence d'un organisme destiné à concentrer les efforts des associés ou l'utilisation des biens communs sur la réalisation du but que commande l'intérêt collectif en jeu dans chaque cas. Cet organisme est plus ou moins parfait selon que la personnalité morale est pleine ou atténuée, expression qui sera justifiée bientôt. Dans le régime de séparation de biens, il est forcément rudimentaire, mais il existe. La distinction établie par M. Michoud entre l'organe et le préposé doit s'appliquer ici : « l'organe est conçu comme partie intégrante de la personne morale, alors que le préposé est un tiers chargé par les organes eux-mêmes d'exécuter pour son compte certains actes » ⁽¹⁵⁸⁾. La société civile incluse dans la séparation de biens comporte deux organes, deux gérants, entre lesquels la loi et la jurisprudence ont institué une répartition des fonctions correspondant aux aptitudes normales des deux sexes. Le mari est sans doute, en principe, l'organe principal; mais la femme, par les attributions ménagères qui lui sont reconnues sous le régime de séparation de biens comme sous les autres régimes matrimoniaux ⁽¹⁵⁹⁾, est aussi un organe de la société conjugale. La théorie traditionnelle du mandat tacite tend précisément à faire apparaître la femme comme une préposée,

(158) Léon Michoud, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, II, n° 189. — Comp. Matard, *Les pouvoirs des administrateurs et des gérants dans les sociétés par actions*, thèse Bordeaux, 1930, p. 256.

(159) V. sur ce point *infra*, p. 126.

non comme un organe de la société personnifiée. Or, cette théorie, irrationnelle dans son fondement comme dans ses conséquences, est aujourd'hui battue en brèche de toute part. L'idée d'un pouvoir domestique propre, émise par M. Binet en 1904 ⁽¹⁶⁰⁾, est de plus en plus soutenue. Par une analyse approfondie des textes, M. Margat a démontré que la loi du 13 juillet 1907 avait sanctionné cette idée au profit de la femme exerçant une profession séparée ⁽¹⁶¹⁾. Nous sommes disposé à aller plus loin : d'après nous, sous tous les régimes, toute femme mariée a, dans son rôle de maîtresse de maison, un droit propre d'origine impérative; la loi de 1907 n'a fait que traduire, dans un cas particulier, une donnée générale, qui découle nécessairement de la nature juridique des régimes matrimoniaux. Il ne faut pas parler de mandat, voire de mandat légal ⁽¹⁶²⁾, expression intrinsèquement contradictoire, car il n'y a de mandat que conventionnel. On est en présence d'un cas de représentation légale ⁽¹⁶³⁾, étant précisé que la femme représente non pas le mari, mais la société conjugale personnifiée dans le ménage ⁽¹⁶⁴⁾.

(160) Pierre Binet, *La femme dans le ménage : Essai sur la nature de ses pouvoirs d'après la pratique et la législation contemporaines*, thèse Nancy, 1904. — M. Binet présente, d'ailleurs, son système comme l'esquisse d'une réforme législative (p. 13, p. 291-333); il ne semble pas le juger compatible avec l'état actuel de notre droit positif.

(161) Margat, *La femme mariée commerçante et le régime du libre salaire*, p. 221 et suiv.; spécialement p. 224 : « D'intendante, déléguée par le mari à la gestion des choses domestiques, (la femme) devient une associée, investie par la loi de droits propres et indépendants. » — *Contra Civ.*, 1^{er} juin 1929 (D., 31. 1. 79).

(162) Comp. Planiol, Ripert et Rouast, *Traité pratique de droit civil français : La famille*, n° 392.

(163) Nous admettons, par conséquent, que l'organe de la personne morale en est, en même temps, le représentant, au sens technique du mot. On a parfois prétendu que les deux notions s'excluaient (Planiol, Ripert et Esmein, VI, *Obligations*, n° 59). Mais l'objection a été réfutée de façon convaincante (Madray, *Essai d'une théorie générale de la représentation en droit privé français*, thèse Bordeaux, 1931, p. 50-58 et 190-194).

(164) C'est la conception très nette du Code civil suisse. Ce code, suivant

c) *Troisième proposition.* — La personnalité morale comporte, de la part de ses membres ou de ses bénéficiaires, la conscience réelle, supposée ou imposée, de l'intérêt collectif en jeu et du but réalisé ou à réaliser en fonction de cet intérêt. Nous avons déjà fait allusion à cet élément psychologique à propos de l'*affectio societatis*. Le régime de séparation de biens, comme tout régime matrimonial, est la contre-partie du mariage. Or, le mariage suppose chez les époux des sentiments de sympathie profonde, une convergence des pensées vers le but à atteindre : à savoir, le bonheur de la famille. C'est dans cette atmosphère que baigne la société conjugale; il est évident que la conscience de l'intérêt collectif en jeu y sera, plus que partout ailleurs, réelle et lucide. Objectera-t-on, à l'instar de Laurent⁽¹⁶³⁾, que précisément la séparation de biens est en contradiction avec la nature harmonique du mariage ? que l'union des personnes ne peut s'épanouir sans l'union des biens ? Nous répondrons que la lourde obligation de contribuer aux frais du ménage et à l'éducation des enfants implique chez les conjoints des sentiments dépouillés d'égoïsme. Cela est vrai même de la séparation judiciaire. En effet, sauf dans le cas où elle est accessoire à la séparation de corps, et justement il ne subsiste plus alors de société conjugale, la séparation judiciaire ne dérive pas d'une mésintelligence des époux : la volonté d'union, la

une idée féconde que nous retrouverons, fait de l'« union conjugale » un sujet de droit. Or, on lit dans l'article 163 : « L'union conjugale est représentée, pour les besoins courants du ménage, par la femme comme par le mari. » — Au contraire, le Code civil allemand (art. 1337), tout en rejetant le système du mandat, s'en tient à la notion de représentation légale du *mari* (comp. sur les discussions qui eurent lieu à ce sujet, Binet, *op. cit.*, p. 165-171).

(163) Laurent, XXIII, n° 442. — Comp. dans l'ancien droit, Domat, *Lois civiles*, livre I, titre IX, sect. IV. — Dans une théorie d'un individualisme outrancier, Acolas (*op. cit.*, p. 9) et Huc (IX, n° 401) ont soutenu, à l'inverse, que la séparation de biens était le régime matrimonial le plus conforme à la nature du mariage.

conscience de l'intérêt du ménage, peuvent être aussi intenses aux jours d'infortune qu'aux jours de prospérité. Reste l'hypothèse où la séparation de biens a été prononcée à la suite des dissipations du mari; la formule précitée n'est cependant pas en défaut : la loi *suppose* chez le mari la claire vision de l'intérêt du ménage, et au besoin elle la lui *impose* en assurant, par des voies d'exécution forcée⁽¹⁶⁶⁾, l'accomplissement de l'obligation pécuniaire dans laquelle devrait se concrétiser cet état de conscience.

d) *Quatrième proposition.* — La reconnaissance de la personnalité morale s'impose scientifiquement et rationnellement dès qu'un groupement ou une œuvre revêt une individualité sociale suffisamment caractérisée. C'est la conséquence de l'adoption de la théorie de la réalité et du rejet de la théorie de la fiction. Le ménage des époux séparés de biens présente une individualité certaine. Point n'est besoin, dès lors, d'un texte consacrant sa personnalité. Il suffit, et c'est le cas, qu'aucun texte formel ne la prohibe.

e) *Cinquième proposition.* — Unité de la notion de personne morale et son identité avec la notion de sujet de droit; en conséquence, existence d'un lien indissoluble entre la notion de personne morale et la notion de personne physique. En premier lieu, ainsi que le montrera le fonctionnement du régime de séparation de biens, tous les procédés techniques par lesquels la jurisprudence s'est efforcée d'assurer la protection de l'intérêt collectif du ménage ne peuvent s'expliquer qu'autant que l'on fait apparaître le ménage comme un sujet de droit. La seconde partie de la proposition ne se vérifie pas moins aisément,

(166) Notamment par la saisie-arrêt de la loi du 13 juillet 1907, sans préjudice de sanctions pénales éventuelles (Loi du 7 février 1924 réprimant le délit d'abandon de famille, modifiée par la loi du 3 avril 1928).

puisque la société conjugale rentre dans la catégorie des sociétés de personnes, où la dépendance de la personne morale par rapport aux personnes physiques des associés est particulièrement accusée.

Une telle conclusion : la personnalité morale de la séparation de biens risque de paraître paradoxale. Nous nous hâtons d'ajouter qu'il s'agit en l'espèce d'une personnalité morale atténuée ou, si l'on veut, embryonnaire. La personnalité de la société conjugale est, dans le régime de séparation de biens, réduite à son minimum. Elle se retrouvera avec une perfection croissante, sans jamais s'élever pourtant au niveau des sociétés ordinaires, dans le régime dotal et l'exclusion de communauté, puis dans la communauté conjugale. Dès maintenant, une objection se dresse. La personnalité morale comme la personnalité physique, dira-t-on, est ou n'est pas; une personnalité atténuée est quelque chose de contradictoire : il n'y a pas de milieu entre l'existence et le néant⁽¹⁶⁷⁾. Mais cette argumentation part, selon nous, d'une vue fausse de la notion de personnalité morale. Elle se ressent par trop de ces théories pseudo-scientifiques qui ont cherché à établir une assimilation entre la personne physique et la personne morale sur le terrain biologique. Ces théories aux déductions sans issue sont aujourd'hui abandonnées⁽¹⁶⁸⁾. C'est sur le terrain de la notion de sujet de droit que doit être portée l'assimilation : la personnalité de l'homme dérive moins de sa structure physique que de la notion d'intérêt juridique et de l'expression trouvée par celle-ci dans la personne humaine⁽¹⁶⁹⁾. Or, à ce point de vue, il n'est pas

(167) L'objection se rencontre d'avance sous la plume de M. Capitant, *De l'indivision qui suit la dissolution de la communauté de biens entre époux* (Revue critique, 1929), n° 3, note 5.

(168) V. une critique de ces théories, plus sociologiques que juridiques, dans Michoud, *Théorie de la personnalité morale*, I, nos 33 et suiv.

(169) Bonnecase, *Supplément au Traité de Baudry-Lacantinerie*, IV, n° 97.

douteux que la personnalité physique est, elle aussi, susceptible de degrés : toute incapacité de jouissance implique une diminution corrélative de la personnalité ⁽¹⁷⁰⁾, et un individu frappé d'une incapacité totale de jouissance, comme l'étaient jadis les esclaves, ne serait pas une personne aux yeux du juriste. En fait, les personnes morales se diversifient aujourd'hui d'une manière beaucoup plus marquée que les personnes physiques. La notion de personnalité morale atténuée n'a rien d'inso-
lite dans notre Droit. La jurisprudence l'avait consacrée, avant 1901, par sa théorie de l'individualité des associations simplement autorisées ⁽¹⁷¹⁾. La loi du 1^{er} juillet 1901 a suivi la voie ainsi ouverte, et l'on parle couramment, à l'heure actuelle, de la petite personnalité des associations déclarées et de la grande personnalité des associations reconnues d'utilité publique ⁽¹⁷²⁾. Dans la législation des sociétés, la personnalité morale se présente sans doute avec un apparent caractère d'unité. Il y a cependant, au fond, une différence entre la personnalité d'une grande compagnie anonyme et celle d'une société civile où, notamment, le passif social est en même temps un passif personnel aux associés. Ces idées pénètrent de plus en plus dans la doctrine ⁽¹⁷³⁾. Elles viennent d'être mises par-

(170) Bonnecase, *Supplément*, IV, n° 312.

(171) C'est ce que constatait M. Lyon-Caen en critiquant l'arrêt précité Société hippique de Cavaillon, qui a marqué la consécration définitive de la théorie : « Notre arrêt, disait-il (note au S., 1894. 1. 129), établit dans la personnalité civile des associations des degrés dont nos lois ne contiennent aucune trace. » — Comp. Bonnecase, *Supplément*, IV, nos 142-144.

(172) V. par ex. Eyquem, *Essai sur la capacité des associations avant et après la loi du 1^{er} juillet 1901*, thèse Bordeaux, 1903, p. 156 et 220.

(173) Comp. Planiol, Ripert et Savatier, *Traité pratique de droit civil français*, t. I, n° 6 : « Alors que les personnes physiques sont en principe sur le pied d'égalité, les personnes morales ont des droits inégaux parce que ces droits dépendent du rôle qu'elles ont à jouer et qui est très divers. Il y a là une différence fondamentale. Peut-être l'oublie-t-on trop quand on étudie le problème de la personnalité morale, comme si toutes les personnes morales pouvaient avoir le même statut. La technique juri-

ticulièrement en relief par M. Georges Renard dans sa *Théorie de l'institution* ⁽¹⁷⁴⁾. Tout en étant peu favorable à la notion de personnalité morale, dans laquelle il s'obstine à voir une fiction ⁽¹⁷⁵⁾, et tout en employant une terminologie propre, cet auteur dédie une partie importante de son ouvrage à ce qu'il appelle les divers degrés de l'existence institutionnelle ⁽¹⁷⁶⁾. Au sommet est la personnalité morale, et celle-ci « n'est point un concept rigide, c'est plutôt un cadre à envelopper les réalisations les plus diverses ». La gamme se prolonge au-dessous du niveau de la personnalité sur le plan de la comptabilité ⁽¹⁷⁷⁾. Et M. Renard termine par cette conclusion d'un dynamisme caractéristique : « Les institutions montent et descendent les degrés de l'être. »

Si le régime de séparation de biens n'atteint pas la plénitude de la personnalité morale, ce n'est pas que l'intérêt collectif qu'il traduit soit un intérêt diffus; nous avons vu, au contraire, que l'intérêt du ménage se détache partout avec une clarté singulière. L'atténuation de la personnalité tient en l'espèce à l'imperfection de l'organisation juridique destinée à mettre en œuvre l'intérêt collectif ⁽¹⁷⁸⁾. La personne morale postule un patrimoine. C'est ici le lieu de réintroduire la question déjà entrevue de l'universalité juridique. Ce qui paralyse, à des degrés divers, l'épanouissement de la personnalité de *tous* les

dique s'exerce avec beaucoup plus de liberté quand il s'agit des personnes morales que des personnes physiques.» — V. encore Bonnacase, *Introduction à l'étude du droit*, 2^e éd., n° 23.

(174) Georges Renard, *La théorie de l'institution. Essai d'ontologie juridique*, 1^{er} volume.

(175) Renard, *op. cit.*, p. 233.

(176), Renard *op. cit.*, p. 221 à 256.

(177) Renard, *op. cit.*, p. 243-248.

(178) L'atténuation de la personnalité morale, de même que l'incapacité de jouissance, tient à des causes diverses : c'est ainsi que, pour les associations simplement déclarées, elle s'explique par des considérations d'ordre public.

régimes matrimoniaux, c'est l'impossibilité d'une délimitation nette entre les patrimoines des conjoints, spécialement celui du mari, et le patrimoine social. Cette impossibilité n'est, du reste, que le reflet de la nature des choses. On conçoit, dans une société ordinaire, une universalité juridique absolument distincte du patrimoine de chaque membre. En effet, l'activité juridique de l'associé en tant qu'associé n'absorbe qu'une parcelle de son activité juridique générale. Chaque jour, l'associé délaisse les affaires sociales, symbolisées par le bureau, l'usine, les biens sociaux, et retrouve une vie privée, un intérieur, qui se matérialise dans un patrimoine personnel : la distinction de ce qui est social et de ce qui est propre est vécue avant d'être pensée. Au contraire, la société conjugale s'identifie intégralement avec la vie privée des époux. Dans ces circonstances, aucune technique juridique ne pouvait réussir à ériger en une masse autonome, condition de la pleine personnalité, les contributions pécuniaires dont s'alimente le régime de séparation de biens.

§ 2. — *Le fonctionnement du régime de séparation de biens dans ses rapports avec les notions de société et de personnalité morale.*

Le régime de séparation de biens apparaît dans son fonctionnement, aussi bien que dans sa structure, comme une société civile investie de la personnalité morale. Société, personnalité, les deux notions sont en l'occurrence indissolublement liées.

On ne fera que signaler ici certains effets du mariage, qui, sous tous les régimes indifféremment, révèlent derrière les époux la vie d'une personne morale : telle l'unité de domicile (art. 108), par où l'idée de siège social se fait jour.

Au fond, dans la séparation de biens, tout le problème

de la personnalité morale roule autour du mécanisme du passif social. Ce passif est composé des obligations contractées par l'un ou l'autre des conjoints-gérants pour l'entretien du ménage et l'éducation des enfants communs. S'il s'agissait d'une personnalité morale pleinement réalisée, l'affectation de l'actif social (à savoir : de la masse des contributions des époux) à la satisfaction des créanciers sociaux serait produite sans détour. En fait, il s'agit d'une personnalité morale notablement atténuée. L'absence d'un fonds commun ne va-t-elle pas créer un obstacle insurmontable ? Comment, en quelque sorte, extraire juridiquement des deux patrimoines ces contributions pécuniaires, pour les appliquer au paiement du passif social, sans qu'elles soient interceptées par les créanciers personnels de chaque conjoint ? Des résultats pratiquement équivalents ne sont pas loin, pourtant, d'être obtenus, grâce à la combinaison des textes du Code et des décisions jurisprudentielles. La jurisprudence, en effet, toutes les fois que cela a été nécessaire pour assurer le fonctionnement du régime de séparation de biens, n'a pas hésité à donner des solutions cadrant nettement avec les notions de société et de personne morale. On verra qu'elle a eu une attitude opposée en matière de communauté conjugale. Cette différence, assez singulière de prime abord (car, une fois admise la personnalité morale de la séparation de biens, celle de la communauté semble s'imposer *a fortiori*), peut cependant s'expliquer. Sur la nature juridique de la communauté, la jurisprudence se trouvait au milieu d'une controverse doctrinale invétérée, et elle n'a pas su choisir fermement entre les diverses théories proposées. Au contraire, la question de la personnalité de la séparation de biens n'a même pas été soupçonnée dans la doctrine. Les tribunaux avaient dès lors le champ libre pour résoudre les litiges particuliers au mieux de ce qu'ils croyaient être les besoins de la pratique. Mais précisément

l'idée de personnalité morale s'est imposée à eux par la force des choses, quoique d'une manière inconsciente, et elle a certainement inspiré leurs décisions-(179).

Il convient d'étudier distinctement le paiement volontaire des dettes sociales d'une part, l'exécution forcée tendant à procurer le recouvrement de ces dettes d'autre part. La distinction, loin d'être artificielle, correspond, en gros, à une réalité de la vie quotidienne : les époux peuvent soit payer comptant les fournisseurs du ménage, soit obtenir d'eux du crédit (180).

I

Dans l'hypothèse normale, la femme remet périodiquement sa contribution entre les mains du mari. Le mari centralise les fonds destinés à soutenir les charges du mariage et, au fur et à mesure des besoins, il les affecte aux fournitures nécessaires. Il peut passer lui-même les contrats par lesquels se traduit l'activité juridique de la société conjugale. La femme peut, elle aussi, les passer, car, étant donné le but limité poursuivi par le régime de séparation de biens, ces contrats entrent *tous* dans ses attributions domestiques. En dépit de quelques hésitations, on étend la théorie du mandat tacite à la femme séparée de biens (181). D'après nous, celle-ci est investie d'un pouvoir propre de représentation de la société conjugale. En tout cas, selon nous comme selon la théorie traditionnelle, l'épouse séparée, dans son rôle de ménagère, ne contracte pas pour son compte personnel. Il ne s'agit pas d'une question de capacité, que l'article 1449

(179) Il ne sera pas question ici de la séparation de biens sous le régime dotal, car la persistance de la dotalité réagit alors gravement sur la condition du passif social. V. au chapitre suivant.

(180) Comp. Binet, thèse précitée, Nancy, 1904, p. 71.

(181) Binet, *op. cit.*, p. 64 et suiv. — Comp. Aubry et Rau, VII, § 470, note 13 *bis*.

laisserait, d'ailleurs, en suspens à raison de la largeur de la notion d'acte d'administration⁽¹⁸²⁾; il s'agit du fonctionnement du régime de séparation de biens. Or, sous ce régime, c'est au mari de pourvoir aux dépenses du ménage parce qu'il absorbe dans son patrimoine propre le patrimoine social. Il devient propriétaire des apports, à charge de fournir à son associée « tout ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie, selon ses facultés et son état », (art. 214); à cet effet, il lui remet, à intervalles, une portion suffisante des deniers sociaux. La femme ne pourrait pas, *dans l'hypothèse normale*, payer directement les créanciers du ménage⁽¹⁸³⁾. Cela est imposé par la nature juridique du régime : ce n'est pas la femme qui est, en principe, responsable du passif social, même contracté par son intermédiaire; c'est la société conjugale, dont l'actif est centralisé par le mari.

Cependant — et le cas est fréquent après une séparation judiciaire — il se peut que le mari, plus ou moins insolvable, dilapide la contribution de l'épouse. Dans les sociétés ordinaires, il arrive aussi que le gérant puise dans la caisse sociale pour son profit particulier (comp. art. 1846-2°), mais il y a un remède à de tels agissements : la révocation (art. 1856). Sous le régime de séparation de biens, ne pourrait-on pas admettre un remède équivalent, en décidant que l'épouse acquittera elle-même les dépenses du ménage ? La question fut posée, peu après la promulgation du Code, dans une espèce qui fit grand bruit :

(182) Ainsi la femme séparée est certainement capable, sans autorisation maritale, de payer ou de s'obliger pour l'entretien et l'éducation d'enfants *d'un premier lit*.

(183) C'est dans ce sens qu'il faut interpréter les arrêts suivants : Riom, 16 févr. 1853 (D., 54. 5. 685 : « ...Considérant que cette part contributive de la femme doit être réunie aux revenus du mari, pour par lui pourvoir, comme chef de l'association conjugale, aux besoins communs et fournir, comme il le doit à la femme, tout ce qui lui est nécessaire selon son état et ses facultés »); Douai, 19 janv. 1897 (D., 97. 2. 191).

l'affaire de Montmorency. Le mari, insolvable, réclamait la direction du ménage, que la femme avait prise en mains à la suite d'une séparation judiciaire. Le Tribunal de la Seine, puis, le 7 août 1807, la Cour de Paris repoussèrent sa prétention ⁽¹⁸⁴⁾. Mais la Chambre des Requêtes, conformément aux conclusions du procureur général Merlin, accueillit, un an plus tard, le pourvoi de l'époux. Le divorce fut, du reste, prononcé sur ces entrefaites, de sorte que la Chambre civile n'eut pas à statuer ⁽¹⁸⁵⁾. Ce qui paraît avoir déterminé l'opinion de Merlin et, par contre-coup, celle de la Cour suprême, c'est l'article 1388 : Sous tous les régimes, qu'il y ait communauté ou non, le mari est le chef de la maison conjugale; nul ne saurait toucher à ses pouvoirs; s'il en mésuse, il n'y a d'autre issue que le divorce ou la séparation de corps. Ainsi présentée, l'argumentation n'était pas inconciliable avec la notion de société conjugale : la révocation d'un gérant statutaire n'entraîne-t-elle pas nécessairement la dissolution de la société ? Mais, à l'opposé, puisque c'est la société conjugale qui tire sa raison d'être du mariage et non l'inverse, ne serait-il pas singulier de provoquer la dissolution du mariage chaque fois que le mari est dissipateur, plutôt que d'adapter à la situation le mécanisme de la gérance ? A vrai dire, deux conceptions de la société conjugale se heurtaient dans cette affaire : la conception vulgaire, banale, superficielle, où, plus encore que le régime matrimonial est analysé en société, le mariage est érigé en une vague association, dont le mari est le « monarque » à la dignité intangible; de l'autre côté, une conception plus

(184) Arrêt de Montmorency, Paris, 7 août 1807 (S., 1807. 2. 151, et aussi S., 1808. 2. 9); les conclusions du procureur impérial Joubert, conformes à l'opinion qui prévalut devant les juges du fond, sont intéressantes au point de vue de la notion de société conjugale.

(185) Req., 28 juill. 1808 (*Répertoire de Merlin*, v^o *Séparation de biens*, sect. II, § 5, n^o 8, avec les conclusions de l'auteur, spécialement p. 26-27).

juridique, plus profonde, moins saisissable, où le régime de séparation de biens réclame des tribunaux, en tant que société personnifiée, une mise en œuvre technique appropriée à son but spécial. La première conception triompha en 1808 devant la Chambre des Requêtes. Mais, en 1835, celle-ci se livra, dans l'arrêt Lechevalier, à un revirement intégral ⁽¹⁸⁶⁾. Il résulte de cet arrêt, ainsi que d'une décision postérieure de la Cour de Caen ⁽¹⁸⁷⁾, que, lorsque le mari est sans ressources propres, la femme peut être autorisée par la justice à employer elle-même l'argent destiné aux charges du ménage. Laurent critique vivement cette solution : d'après lui, nul ne saurait rompre la convention expresse ou tacite en vertu de laquelle l'épouse s'est obligée à remettre au mari le montant de sa part dans les dépenses du ménage; le juge peut sans doute en modifier le montant à cause de l'obligation alimentaire, mais non le mode de paiement ⁽¹⁸⁸⁾. La plupart des auteurs, au contraire, approuvent la jurisprudence, sans l'expliquer rationnellement ⁽¹⁸⁹⁾. Guillouard s'est efforcé de prouver que

(186) Req., 6 mai 1835 (S., 35. 1. 415) : « Attendu que la disposition de l'article 1448 du Code civil n'a point été violée par l'arrêt attaqué, parce qu'il ordonne que la femme payera une pension annuelle à son mari...; Attendu que le demandeur étant ainsi privé de l'administration des biens de sa femme, et hors d'état de lui fournir une habitation et ce qui est nécessaire aux besoins de la vie, l'arrêt a pu, sans violer aucune disposition de la loi, attribuer à la femme l'administration exclusive des biens qu'elle a apportés en mariage. » — Comp. l'arrêt Rigaud précité, Req. 19 mai 1920 (D., 21. 1. 153).

(187) Caen, 8 avril 1851 (S., 51. 2. 720; D., 52. 2. 127) : « La Cour... autorise la dame Dupont d'Oisy à payer directement les sommes dues aux maîtres de pension choisis par son mari, sauf à elle à contester le chiffre de la dépense s'il n'était pas en rapport avec ses ressources. » — La doctrine de Merlin survit, au contraire, dans l'arrêt Jeanbille de la Cour de Nancy, du 28 janvier 1841 (*Rép. Dalloz*, v° *Contrat de mariage*, n° 1950), arrêt qui s'explique peut-être par certaines circonstances de fait défavorables à la femme (V. le texte des considérants, *in fine*).

(188) Laurent, XXIII, n° 431. — Comp. dans le même sens : Bellot des Minières, *Contrat de mariage*, n° 2631; Huc, IX, n° 276.

(189) Aubry et Rau, VIII, § 516, texte et note 65; Taulier, V, p. 440; Troplong, II, nos 1435 et suiv.; Marcadé, VI, sur l'article 1539; Rodière et

payer directement les fournisseurs, c'est, à tout prendre, un mode — insolite — de « contribuer » aux charges du mariage; on conviendra que l'argument est assez pénible. En réalité, sur le terrain de l'Exégèse pure, si l'on considère isolément la contribution de la femme sans la situer dans la nature juridique du régime de séparation de biens, l'opinion de Laurent est seule exacte : la jurisprudence ne peut arguer que de considérations d'utilité pratique, qui sont impuissantes contre les textes. Mais, si l'on fait apparaître le ménage comme une société dotée de la personnalité morale, tout s'éclaire. La personnalité exige impérieusement l'affectation de l'actif social aux intérêts sociaux. Cette affectation n'est pas normalement compromise par le versement préalable des deniers dans la caisse maritale; et c'est uniquement à ce cas normal que sont relatifs les articles 1441, 1537 et 1575, où il est parlé de « contribution ». Mais lorsque l'argent fourni par la femme risque de se perdre dans le patrimoine d'un mari insolvable et dilapidateur, les articles précités s'écartent d'eux-mêmes, et la nature juridique du régime matrimonial impose l'établissement d'un contact direct entre les fournisseurs du ménage et le patrimoine de l'épouse, où est inclus tout l'actif social.

II

Si l'on suppose maintenant que les fournitures ont été faites à crédit, comment les conjoints vont-ils être obligés et poursuivis ?

Que la dette ait été contractée par le mari ou par la femme, pour l'entretien du ménage ou pour l'éducation des enfants communs, *en principe le mari seul est tenu*. Lorsque c'est la femme qui a traité avec les fournis-

Pont, III, n° 2485; Guillouard, III, n° 1682; Planiol, *Traité élémentaire*, III, n° 1437.

seurs, de nombreuses décisions de justice appliquent la théorie du mandat tacite ⁽¹⁹⁰⁾ : dans l'hypothèse normale, tant que le mari paie sans difficultés, l'épouse l'oblige sans s'obliger personnellement. Tout en repoussant l'idée d'un mandat tacite, nous croyons que le résultat auquel arrive la jurisprudence est excellent et conforme à la personnalité morale du régime matrimonial : selon nous, la femme, gérante de la société conjugale, ne s'oblige pas elle-même pour les besoins du ménage; elle oblige la société dans la personne du mari, qui centralise les fonds sociaux. Par là se produit une première séparation, exigée par la notion de personnalité morale, entre le patrimoine social et le patrimoine personnel de l'un des associés : à savoir, la femme.

Mais, objectera-t-on, la difficulté n'est que reculée : si le mari vient à tomber postérieurement en déconfiture ou en faillite, il va s'établir un concours entre ses créanciers personnels et les créanciers du ménage; l'argent représentant les contributions ménagères, fondu dans le reste du

(190) C'est la jurisprudence très ferme du Tribunal de la Seine, 31 juill. 1831 (rapportée au D., 57. 1. 142), 3 déc. 1895 (D., 96. 2. 132, séparation contractuelle), 9 janv. 1897 (D., 1900. 2. 106), 6 juill. 1898 (*ibid.*), 7 déc. 1899 (*Pandectes françaises*, 1902. 2. 30. jugement Fleck et Cie). — Le 17 juin 1899, l'arrêt Redfern de la 7^e Chambre de la Cour de Paris confirma le jugement précité du 9 janv. 1897 (D., 1900. 2. 106). Au contraire, le 30 novembre de la même année, la 3^e Chambre de la Cour, dans l'arrêt Worth (*ibid.*) réforma le jugement du 6 juillet 1898 et rejeta la théorie du mandat tacite tout en admettant une action *de in rem verso* contre le mari. — Un arrêt de la Cour de Montpellier du 3 novembre 1923 (D., 27. 2. 16) décide que le mandat domestique existe sous le régime de séparation de biens, mais il en subordonne l'existence à deux conditions : 1^o que les fournitures aient été effectuées au nom du mari; 2^o qu'elles rentrent dans la catégorie des dépenses normales du ménage. Si la seconde condition va de soi, il n'en est pas de même de la première. C'est un raffinement inutile de l'idée de mandat. Du reste, après ce que nous avons dit sur la publicité des pouvoirs domestiques de la femme, étant donné le caractère univoque des fournitures normales faites au ménage, nous ne voyons pas comment l'épouse pourrait être réputée commander ces fournitures en son nom personnel. La théorie du pouvoir propre condamne cette exigence superflue de la Cour de Montpellier.

patrimoine, sera indistinctement la proie des uns et des autres; c'est la négation de la notion de personnalité morale. L'objection a le tort de négliger une circonstance capitale : sous le régime de séparation de biens, *presque tout (pour ne pas dire tout) le passif social est un passif privilégié*. Transportons-nous à l'article 2101, où sont énumérés les privilèges généraux. On y lit que sont privilégiées, au cinquième rang, les fournitures de subsistances faites au débiteur et à sa famille. Sans doute beaucoup d'auteurs restreignent-ils ces termes aux fournitures de denrées alimentaires ⁽¹⁹¹⁾. Mais cette interprétation étroite est influencée par la trop fameuse maxime : « Pas de privilège sans texte », contre-coup de la théorie classique du créancier chirographaire ayant cause à titre universel. Or, aujourd'hui, cette maxime et cette théorie apparaissent comme plus que contestables ⁽¹⁹²⁾. L'article 2101-5°, dans sa lettre comme dans son but social, comprend sous le mot de « subsistances » tout ce qu'il faut pour subsister, tout ce qui est nécessaire au débiteur et à sa famille pour les besoins de la vie, selon leurs facultés et leur état (comp. art. 214). Selon une remarque très juste de M. Planiol, « il n'y a aucune raison pour entendre ici le mot « subsistances » dans un sens plus étroit que celui qu'on donne au mot « aliments » dans la dette alimentaire » ⁽¹⁹³⁾. Le même paragraphe fait allusion aux maîtres de pension : contrairement à une opinion répandue ⁽¹⁹⁴⁾, on ne voit pas pour-

(191) Troplong, *Privilèges et hypothèques*, I, n° 146; Pont, *Privilèges*, n° 92; Laurent, XXIX, n° 371; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges*, I, n° 342.

(192) V. sur ce point J. Bonnecase, *Supplément au Traité de Baudry-Lacantinerie*, III, nos 363 et suiv.

(193) Planiol, *Traité élémentaire*, II, n° 2371. — Comp. dans le même sens Colmet de Santerre, IX, n° 9 bis I. — La jurisprudence a sainement interprété ce texte, en fonction de la notion de ménage, en refusant le privilège à un fournisseur d'eau-de-vie (Cass. civ., 1^{er} févr. 1893, D., 93, I. 184).

(194) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, I, n° 343. — *Contra* Merlin,

quoi les frais d'enseignement n'entreraient pas dans le privilège aussi bien que les prestations de nourriture. En somme, ce qui est déclaré privilégié par l'article 2101-5° c'est tout le passif social indiqué par l'article 1448 : les frais du ménage et ceux d'éducation des enfants ⁽¹⁹⁵⁾. Bien plus, la loi a détaché certains éléments de ce passif social pour leur donner un rang encore préférable : les frais funéraires (non seulement du débiteur, mais de sa famille, malgré Laurent) ⁽¹⁹⁶⁾, les frais de dernière maladie (avec la même extension) ⁽¹⁹⁷⁾, les frais de nourrice ⁽¹⁹⁸⁾, les salaires des gens de service. Tous ces textes, visiblement rédigés en fonction des notions de famille et de ménage, appellent une combinaison avec le mécanisme des régimes matrimoniaux. Dans le régime de séparation de biens, il devient extrêmement difficile de concevoir une dette de ménage qui ne soit pas privilégiée. Sous réserve d'un conflit exceptionnel avec des créanciers personnels, également munis d'un privilège général ⁽¹⁹⁹⁾, les créanciers du ménage sont certains de primer les créanciers de l'époux. On peut dire que la séparation des patrimoines, que suppose la

Répertoire, v° *Pension*, § 1, et l'arrêt du Parlement de Paris qu'il invoque dans le sens extensif.

(195) Rationnellement, on doit décider que le privilège de l'article 2101-5° profite au créancier qui a fourni le logement nécessaire à la famille. Si une telle opinion paraît une hérésie, c'est que la question est obscurcie par l'existence du privilège du bailleur d'immeuble (art. 2102-1°) et, surtout, par la prétendue primauté de ce privilège mobilier spécial sur les privilèges généraux. — Comp. Acolas, *op. cit.*, III, p. 667 (note).

(196) Laurent, XXIX, n° 329.

(197) Aubry et Rau, III, § 260, texte et note 15, n'accordent le privilège que pour les soins donnés au débiteur et non aux membres de sa famille; Colmet de Santerre (IX, n° 7 bis, II) et Planiol (II, n° 2559) l'étendent à toutes les maladies qui ont dû être soignées aux frais du débiteur.

(198) Loi du 23 décembre 1874, article 14.

(199) Même dans ce cas, les créanciers du ménage pourront jouir d'un droit de préférence à raison de la combinaison des articles 592 et 593 du Code de procédure, d'après lesquels certains objets nécessaires au ménage sont insaisissables, sauf pour aliments fournis à la partie saisie ou sommes dues aux fabricants ou vendeurs desdits objets, ou à celui qui aura prêté pour les acheter, fabriquer ou réparer.

personnalité morale, se trouve empiriquement mais très efficacement assurée. Le privilège général est une « propriété » inhérente à un droit de créance et se traduisant par un rang spécifique de préférence⁽²⁰⁰⁾. Seulement pour-quoi la loi a-t-elle assorti de cette propriété certains droits de créance ? On invoque en l'espèce des considérations d'humanité⁽²⁰¹⁾. A cette justification sentimentale peut se superposer une explication rationnelle. Que le législateur de 1804 l'ait ou non prévu, les privilèges généraux précités aboutissent à donner une organisation à la société conjugale. Ce n'est pas, du reste, la seule hypothèse où la loi s'est saisie de la notion de privilège pour réaliser une séparation de patrimoines. Que l'on songe à ce qui se passe en droit maritime avec l'institution du patrimoine de mer. De même que les privilèges maritimes contribuent à faire de ce patrimoine un patrimoine d'affectation en ce sens qu'ils tendent à exclure, sur la fortune de mer, l'action des créanciers terrestres⁽²⁰²⁾, ici l'existence de privilèges généraux a pour résultat de découper, au sein du patrimoine personnel de l'époux, le patrimoine autonome du ménage personnifié.

Un grand nombre d'arrêts ont admis une action directe des créanciers du ménage contre la femme séparée de biens. Des auteurs, tels que MM. Colin et Capitant⁽²⁰³⁾, ont cru y voir l'abandon de la théorie du mandat tacite. Cela n'est pas exact, nous le savons : la jurisprudence applique en principe cette théorie dans le régime de séparation de

(200) Comp. Bonnecase, *Supplément au Traité de Baudry-Lacantinerie*, V, n° 239.

(201) Troplong, *Privilèges et hypothèques*, I, n° 144.

(202) En ce sens, Bonnecase, *Traité de droit commercial maritime*, n° 462. — Comp. d'ailleurs, sur la portée réelle de l'institution du patrimoine de mer à l'heure actuelle, Bonnecase, *Le droit commercial maritime; son particularisme*, 2^e éd., 1930, nos 107-109.

(203) Colin et Capitant, *Cours élémentaire*, III, p. 253. — Comp. Planiol, Ripert et Nast, II, n° 1006.

biens comme ailleurs. Ce qui prouve bien que la nature des attributions domestiques de l'épouse n'est pas ici en jeu, c'est que les arrêts dont il s'agit sont relatifs aussi bien à des dettes contractées par le mari qu'à des dettes contractées par la femme. En réalité, ces arrêts prévoient des hypothèses particulières, et principalement le cas d'insolvabilité du mari. Ils sont alors le corollaire du système consacré par l'arrêt Lechevalier en ce qui concerne le maniement des fonds. Il y a, du reste, un lien de filiation évident entre la décision précitée de la Cour de Paris dans l'affaire de Montmorency et son non moins célèbre arrêt du 21 avril 1830 dans l'affaire de Montholon, point de départ de la jurisprudence en la matière, arrêt aux termes duquel la femme séparée est personnellement tenue des frais du ménage envers les créanciers, lorsqu'il ne reste rien au mari ⁽²⁰⁴⁾. La Chambre des requêtes s'est prononcée, à son tour, pour la possibilité d'une action directe contre la femme, en 1837, dans l'important arrêt Hope, que l'on retrouvera plus loin; puis, en 1891, dans l'arrêt de Miramont ⁽²⁰⁵⁾. L'attitude de la doctrine est beaucoup moins ferme. C'est ainsi que l'arrêt de Montholon ne trouve pas grâce devant Laurent. Repoussant tous les arguments proposés, qu'il juge « dignes d'un fournisseur mais indignes d'un jurisconsulte », l'Exégète belge s'en tient au raison-

(204) Paris, 21 avril 1830 (S., 30. 2. 218) : « ...En ce qui touche les fournitures postérieures au jugement de séparation, vu l'article 1448 du Code civil, et considérant qu'aux termes de cet article la femme séparée de biens doit supporter entièrement les frais du ménage dans le cas où, comme dans l'espèce, le mari est dans l'impossibilité absolue d'y contribuer... »

(205) Req., 25 mai 1891 (S., 92. 1. 369, note Appert; D., 92. 1. 20). Il s'agissait de traites souscrites *par le mari* tant pour l'amélioration d'un immeuble dotal que pour les dépenses du ménage commun, avec cette précision que les travaux d'amélioration, ayant été faits dans l'immeuble habité par les conjoints, constituaient également, au fond, une dépense du ménage. La Cour de cassation admit une action directe contre la femme seule pour la totalité. — Comp. Cass. civ., 22 nov. 1893, D., 94. 1. 236 (solution implicite), et surtout Trib. civ. Seine, 18 mars 1909 (D., 10. 5. 7).

nement suivant : « Cette expression [contribuer] suppose qu'il s'agit des rapports des époux entre eux, et non d'un lien d'obligation à l'égard des tiers. » ⁽²⁰⁶⁾. Si les autres auteurs sont en général moins inflexibles ⁽²⁰⁷⁾, ils recourent parfois à des comparaisons singulières pour expliquer la jurisprudence : tel est le cas de M. Appert dans sa note sous l'arrêt de Miramont. « Cette situation de la femme, dit-il, pourrait être assez justement rapprochée de la situation du mineur obligé par son tuteur. Si, par exemple, on suppose un tuteur accompagnant son pupille dans un voyage entrepris pour la santé de celui-ci, ils vivront ensemble, l'un administrant, l'autre supportant en totalité les dépenses communes. Le mariage a mis la femme en tutelle, et le mari peut l'obliger comme le tuteur oblige son pupille. » Après la femme en pension, la femme en tutelle : décidément, la nature juridique de la séparation de biens aura épuisé la gamme des bizarreries. MM. Colin et Capitant ont, au contraire, parfaitement saisi la portée de la jurisprudence. « Les créanciers d'obligations contractées pour les besoins du ménage, déclarent-ils, ont toujours action sur les biens affectés à ces besoins. Ces biens sont, sous le régime de communauté, les biens du mari et les biens communs; sous le régime sans communauté, les biens du mari et l'usufruit des biens de la femme; enfin, sous le régime de séparation, les biens de l'un et de l'autre dans une certaine proportion. Au cas de séparation judiciaire, cette proportion varie suivant les ressources des époux. Quand l'un d'eux est insolvable, ce sont donc les biens de l'autre qui répondent des dettes

(206) Laurent, XXII, n° 284. — Comp. Benoist, thèse précitée, p. 57, qui n'accorde aux créanciers contre la femme que la voie de l'action oblique de l'article 1166, ce qui est un véritable leurre, puisque, par hypothèse, le mari est insolvable.

(207) Aubry et Rau, VIII, § 516, texte et note 67; Troplong, II, n° 1440; Guillouard, III, n° 1222.

en question pour la totalité » (208). En somme, en dirigeant les actions des fournisseurs, selon que le mari est ou non solvable, contre lui ou contre la femme, les tribunaux poursuivent toujours le même but : réserver l'actif social aux créanciers sociaux, conformément à la notion de personnalité morale (209).

Mais l'admission d'une action directe contre la femme trouve, en outre, dans la technique du droit des sociétés, un point d'appui très sûr, que la jurisprudence a utilisé plus ou moins consciemment. En effet, dans les sociétés de personnes, à côté de la responsabilité de la personne morale, existe une responsabilité personnelle des associés (210). Dans la société civile, chaque associé est obligé à l'égard des créanciers sociaux pour une part virile, quel que soit son intérêt dans l'affaire (art. 1863). Mieux encore, dans la société commerciale en nom collectif, les associés, solidairement responsables (art. 22 C. com.), apparaissent comme les garants ou, d'après l'opinion dominante, les cautions solidaires de la société (211). Or la responsabilité personnelle qui pèse sur la femme, aux termes de l'article 1448, 2^e alinéa, peut très bien entrer dans ce cadre technique. L'épouse, tenue de tout le passif au cas d'insolvabilité du mari, ainsi que le dit expressément un arrêt de la Chambre des requêtes du 3 juillet 1907, l'arrêt de Grailly (212), n'est-elle pas en réalité caution de la société

(208) Colin et Capitant, *Cours élémentaire*, III, p. 233.

(209) Il va de soi que, si la femme vient à tomber en faillite ou en déconfiture, les créanciers du ménage primeront ses créanciers personnels grâce à l'intervention déjà décrite de la notion de privilège général.

(210) Du reste, même contre les associés qui ne s'obligent pas personnellement, par exemple contre les commanditaires, on admet aujourd'hui que les créanciers sociaux ont une action directe aux fins de versement des apports.

(211) Lyon-Caen et Renault, *Traité*, II, n° 280.

(212) Req., 3 juill. 1907 (S., 1909. I. 543; D., 1907. I. 384) : toutefois, cet arrêt décide que la femme judiciairement séparée peut être poursuivie, lorsque le mari est solvable, pour la moitié des frais du ménage. Serait-ce une réminiscence de l'article 1863 ?

conjugale représentée par son conjoint ? On répondra que plusieurs décisions ont autorisé des poursuites directes contre la femme dans des espèces où le mari était notoirement solvable ⁽²¹³⁾. Mais cela ne nous éloigne pas de la notion de société. On reconnaît en général que les associés en nom collectif ne jouissent pas du bénéfice de discussion. Dans le système jurisprudentiel, pour qu'une action soit ouverte contre eux ⁽²¹⁴⁾, il suffit : 1° qu'il soit établi (au besoin par une condamnation prononcée contre le gérant) que la dette existe à la charge de la société; 2° que le gérant ait été préalablement mis en demeure de payer ⁽²¹⁵⁾. Ces conditions sont certainement accomplies ici par équivalent, car, par suite de l'article 213, qui exige l'autorisation maritale pour que la femme séparée de biens puisse plaider, celle-ci ne sera jamais condamnée au paiement des dettes sociales, sans que le mari, gérant de la société conjugale, ait été pratiquement mis en demeure de les acquitter.

Dans la voie de la notion de société, un dernier pas restait à faire, consistant à proclamer la responsabilité *solidaire* des époux séparés quant au passif du ménage. La jurisprudence en est finalement arrivée là. Dès la première moitié du xix^e siècle, on rencontre de nombreux arrêts de cours d'appel décidant que les conjoints sont tenus solidairement ⁽²¹⁶⁾, mais seulement pour les frais d'éducation

(213) Par exemple, dans l'affaire Hope.

(214) Ces conditions ne sont requises qu'à l'égard des associés autres que le gérant, celui-ci s'identifiant avec la société, par une analogie de plus avec le régime matrimonial.

(215) Cass. req. 14 mai 1890 (D., 91. 1. 241), et Cass. civ. 21 mars 1896 (S., 98. 1. 188; D. 99. 1. 49, note Thaller, arrêt Moyse et Lhullier). Antérieurement, la Cour de cassation se montrait plus exigeante (Cass. civ., 14 août 1858, S., 59. 1. 332, et 10 avril 1877, D., 77. 1. 347, arrêt Trahand-Dubouchage).

(216) Grenoble, 28 janv. 1836, *Répertoire Dalloz*, v^o *Contrat de mariage*, n^o 1961; Paris, 3 juin 1842, *Rép. Dalloz*, v^o *cit.*, n^o 3137 (arrêt d'Esclignac) et surtout deux arrêts connus de la Cour d'Agen : 13 juill. 1849,

des enfants communs, à raison du langage particulier de l'article 203 : « Les époux contractent *ensemble*... » Aujourd'hui encore, des auteurs tels que M. Planiol ⁽²¹⁷⁾ admettent une solidarité restreinte à cette catégorie de frais. Mais nous pensons qu'une telle distinction encourt un reproche décisif : elle méconnaît que, du fait du mariage, l'article 203 s'est fondu, avec les articles 212 et 214, dans le creuset du régime matrimonial; elle dissocie les éléments du passif social, que les termes de l'article 1448, comme ceux de l'article 1409-5° en matière de communauté, relient étroitement entre eux. Aussi bien l'arrêt Hope est-il venu décider, le 27 janvier 1857, que les époux séparés étaient *solidairement* tenus des dépenses générales du ménage ⁽²¹⁸⁾. Le directeur du *Recueil Sirey*, Devilleneuve, saisit toute l'importance de cette décision ⁽²¹⁹⁾ et, négligeant la question de Droit international privé, sur laquelle roulait la majeure partie de l'arrêt, il s'attacha à critiquer l'idée d'une obligation solidaire, « notion erro-

S., 49. 2. 367 (arrêt de Saint-Géry), et 18 juin 1851, D., 51. 2. 228 (arrêt Laclaverie). — Comp, Bordeaux, 19 janv. 1888 (S., 88. 2. 132) et, pour un cas de communauté d'acquêts, l'arrêt Aubry de la Cour de cassation (Civ., 21 mai 1890, S., 90. 1. 81; D., 90. 1. 337, note de Loynes).

(217) Planiol, *Traité élémentaire*, III, n° 1438.

(218) Req., 27 janv. 1857, S., 57. 1. 161, note Devilleneuve : « Sur le premier moyen pris de la violation de l'article 1537 du Code Napoléon : Attendu que l'arrêt constate, en fait, que les fournitures, dont le paiement était réclamé des époux Hope, ont été faites au nom de Hope, qu'elles rentrent dans la dépense générale du ménage, que les défendeurs ont agi de bonne foi et dans la confiance que les fournitures leur seraient payées tant par le mari que par la femme; qu'en tirant de ces faits la conséquence que le demandeur était tenu solidairement, vis-à-vis des défendeurs, à acquitter le montant des fournitures qu'ils avaient faites, il n'a violé ni l'article 1537 du Code Napoléon, ni aucune autre loi. »

(219) Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville (III, n° 1489) n'y veulent voir qu'un arrêt d'espèce en arguant des constatations de fait qui y sont relevées. Mais, en réalité, ces constatations de fait ont une portée générale : toutes les fois que les fournisseurs auront fait crédit au ménage et non pas à la femme seule, les deux époux seront tenus solidairement; or, sous le régime de séparation de biens, toute dette sociale, étant une dette de ménage, satisfait à cette condition.

née, de nature à jeter la perturbation dans les principes ». Cela n'a pas empêché la doctrine de l'arrêt Hope de passer de plus en plus dans les monuments de jurisprudence ⁽²²⁰⁾ et d'être consacrée en dernier lieu, le 26 décembre 1923, par le jugement Palisseau-Lévy du Tribunal civil de la Seine ⁽²²¹⁾. Les auteurs contemporains jugent cette doctrine illégale ou, ce qui ne vaut pas mieux, incompréhensible, témoin la note de M. Nast sous le jugement Palisseau-Lévy : il ne peut s'agir d'indivisibilité, puisque la dette d'une somme d'argent est essentiellement divisible; d'autre part, la solidarité conventionnelle ne se présume point, et comment pourrait-on parler de solidarité légale dans le silence de la loi ? ⁽²²²⁾. M. Nast en vient ainsi à émettre l'idée d'obligation *in solidum*. Mais ce n'est pas à l'obligation *in solidum* que se réfère la jurisprudence, c'est à l'obligation solidaire; et cela est, en effet, inexplicable parce que l'on ne recourt pas à la notion de société. En réalité, on assiste ici à une manifestation d'un phénomène souvent décrit : la commercialisation du droit civil, manifestation, il est vrai, très inattendue. On n'a jamais douté, malgré l'article 1862, qu'une société civile pût revêtir les formes commerciales de la société en nom collectif, y compris la solidarité des engagements. A l'abri du texte de l'article 1448, al. 2, la jurisprudence n'a fait qu'obéir à une nécessité de la pratique : assurer à la société conjugale le maximum de crédit, et pour cela insuf-

(220) Paris, 17 mars 1860 (arrêt de Lapeyrouse), *Journal des notaires et des avocats*, 1860, art. 16.885; jugements et arrêts précités (p. 126, en note) Worth et Redfern.

(221) Trib. Seine, 26 déc. 1923, D., 26. 2. 77, note Nast. — Il faut rapprocher de ce jugement l'arrêt Société Jean Patou de la Cour de Paris, 8 juill. 1923 (D., 26. 2. 77), qui, employant une langue moins ferme, parle d'indivisibilité.

(222) V. déjà Aubry et Rau, VIII, § 353, note 18; Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, III, n° 1491; M. de Loynes, note D., 1890. 1. 337; Benoist, thèse précitée, p. 60-62.

fler à sa réglementation un peu amorphe de société civile une part de la vie qui anime les sociétés commerciales⁽²²³⁾.

Ainsi, dans la conception jurisprudentielle du régime de séparation de biens, la société constituée par ce régime, si elle n'apparaît pas encore en entier, laisse déjà entrevoir, par endroits, tel ou tel de ses linéaments. On peut espérer (car cela serait dans la logique des choses) qu'un jour prochain elle prendra corps et se révélera intégralement à tous les yeux.

(223) Une fois admis que l'obligation personnelle de la femme présente le caractère technique de l'obligation solidaire, il semblerait que l'épouse dût avoir une action récursoire contre le mari revenu à meilleure fortune, ainsi que cela a lieu dans la société en nom collectif (Lyon-Caen et Renault, *Traité*, II, nos 162 et 281 *ter*). Les auteurs se prononcent en sens contraire, tout au moins quand la femme n'a dépensé que ses revenus sans entamer son capital (Aubry et Rau, VIII, § 516, note 62; Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, III, n° 1493), et l'on cite quelques arrêts dans le même sens : Poitiers, 17 févr. 1842, S., 42. 2. 472; Riom, 20 juill. 1883, S., 54. 2. 607; D., 55. 2. 358; Aix, 26 mai 1899 (par confirmation de motifs, sous Req., 11 avril 1902, D., 1903. 1. 463). Quelques-uns de ces arrêts sont donc antérieurs à l'arrêt Hope, et le dernier n'est pas très explicite. Il y a, du reste, au cas de contribution proportionnelle aux ressources de chaque époux, une difficulté certaine pour délimiter ce qui est proprement l'apport en société et ce qui est la conséquence de la responsabilité personnelle et solidaire.

CHAPITRE III

LA NATURE JURIDIQUE DU REGIME DOTAL

On examinera successivement dans ce chapitre : 1^o la nature juridique du régime dotal, abstraction faite de l'inaliénabilité dotale; 2^o la nature juridique de l'inaliénabilité dotale envisagée en elle-même. Il est utile, pour les besoins de l'analyse, de distinguer ces deux ordres de matières qui sont, l'un et l'autre, quoique de manières différentes, en rapport avec les notions de société et d'association. Rien ne sera négligé, d'ailleurs, afin de montrer comment les deux éléments séparés se réunissent pour donner au régime dotal, dans son ensemble, une nature juridique originale.

I

LA NATURE JURIDIQUE DU REGIME DOTAL, ABSTRACTION FAITE DE L'INALIENABILITE DOTALE

Comme dans les chapitres antérieurs, nous étudierons et, le cas échéant, nous apprécierons les efforts de ceux qui nous ont précédé, avant de proposer une solution personnelle.

SECTION PREMIERE

COMMENT, DE L'ORIGINE A NOS JOURS, A ÉTÉ POSÉ ET RÉSOLU
LE PROBLÈME DE LA NATURE JURIDIQUE DU RÉGIME DOTAL

§ 1. — *La nature juridique du régime dotal à travers l'histoire.*

I. — Le Droit romain.

Dans le mariage romain primitif, le *mariage cum manu*, le mari, par la *conventio in manum*, acquérait soit tout le

patrimoine de la femme *sui juris*, soit les biens que le *paterfamilias* constituait en dot à la fille *alieni juris*. Quelle était la nature juridique de la situation qui dérivait du mariage ? Invoquant un principe inhérent à l'esprit du vieux Droit romain, le principe de la simplicité élémentaire des corps juridiques, Ihering soutient que, la propriété et le mariage étant deux notions distinctes ou, si l'on veut, deux corps juridiques simples, le résultat de leur combinaison, à savoir la communauté conjugale, ne pouvait qu'être inconnu dans l'ancienne Rome ⁽¹⁾. L'illustre romaniste ajoute que les rapports entre les conjoints constituaient tous, en Droit, des rapports de puissance *unilatéraux*. « La femme n'avait pas plus un droit contre son mari en ce qui concerne sa dot, qu'elle n'en avait en général pour toute autre cause. Lui reconnaître pareil droit dans un mariage avec *manus*, c'eût été accorder au mari un droit contre lui-même. » ⁽²⁾. Mais Ihering limite la portée de son assertion au domaine de la technique ou de l'art juridique. Sur le terrain des faits, il déclare que le mariage *cum manu* n'est pas très éloigné de la communauté. « L'idée naturelle telle qu'elle régnait dans la vie juridique romaine, et se reflète même dans des déductions juridiques, faisait du patrimoine des époux une chose commune; elle voyait dans la femme la maîtresse et la régente de la maison. La nature du rapport de fortune, tel qu'il existait pour le mariage avec *manus*, d'après la rigueur du Droit, avait peu de réalité dans la vie habituelle. Tout comme aujourd'hui, l'épouse romaine considérait ses choses dotales comme propres...

(1) Ihering, *L'esprit du droit romain* (traduction Meulenaere), IV, p. 178, et le curieux tableau où il montre comment la combinaison de la propriété et du mariage a donné la communauté, de même que, par exemple, la combinaison du *jus in re* et de la puissance paternelle a donné l'usufruit du père sur les *bona adventitia*.

(2) Ihering, *op. cit.*, IV, p. 193 et suiv. (Comp. p. 195 : « L'idée de bilatéralité n'a point de racines dans le droit civil romain. »). Dans le même sens, Bechmann, *Das römische Dotalrecht*, I, p. 103.

L'importance pratique du système romain quant aux biens des époux, comme celle de tous les systèmes en cette matière, en général, réside moins dans les rapports des époux entre eux — si ces rapports sont ce qu'ils doivent être, *il y a toujours, en fait, communauté de biens entre eux, c'est-à-dire communauté de disposition* — que dans leurs rapports avec les tiers, particulièrement avec les créanciers en cas de concours. Quel que soit du reste le système établi par la loi, dans l'intérieur de la maison, ce n'est plus la loi qui gouverne, ce sont les relations des époux entre eux qui règlent la situation. » (3). Dans le même sens, Paul Gide, après Wolowski, a écrit que le mariage *cum manu* équivalait à une véritable communauté universelle (4). Lefebvre a critiqué cette qualification, mais sa critique s'appuie sur une conception inexacte de la notion de bénéfice (5). La remarque de Paul Gide témoigne, au contraire, d'une grande pénétration. On sait que la famille primitive se présente comme une communauté de biens correspondant à l'union hiérarchisée d'un groupe étendu de personnes. Il s'agit là, au fond, d'une société. La femme, par la *conventio in manum*, y fait un apport (6) et elle en retire des bénéfices, non pas, comme le suppose Wolowski, parce qu'elle acquiert un droit de succession, mais parce que, dans le groupe familial, qui, à une époque d'économie domestique, est le centre de la production comme de la consommation, elle trouve la sécurité et une meilleure utilisation de ses

(3) Ihering, *op. cit.*, II, p. 204 et suiv.

(4) Wolowski, *De la société conjugale* (Revue de Législation et de Jurisprudence, XLIII, 1882, p. 321, 338, 342); Paul Gide, *La condition privée de la femme*, 2^e éd., p. 120.

(5) Lefebvre, *Introduction générale à l'histoire du droit matrimonial français*, p. 65.

(6) Cet apport est la dot, qui existe dans tous les cas sous le régime du mariage *cum manu* (En ce sens, Girard, *Manuel*, p. 1009, note 2. — *Contra* Bechmann, *op. cit.*, p. 102 et suiv.) D'après Gide (*op. cit.*, p. 305-308), la dot n'existe que dans le cas de *conventio in manum* d'une fille *alieni juris*.

biens. Ce caractère de société universelle est mis en relief dans la célèbre définition de Modestin : « Nuptiæ sunt conjunctio maris et feminæ et consortium omnis vitæ, divini et *humani juris communicatio* » (7), où le dernier membre de phrase n'est plus, au III^e siècle de notre ère, que le vestige, conservé par routine, d'un temps où le mariage *cum manu* existait seul (8).

Il ne nous appartient pas de retracer l'évolution au cours de laquelle la *manus* a été détrônée. Constatons simplement que, dans son principe pur, le mariage *sine manu* se traduit par une véritable absence de régime matrimonial : les patrimoines des conjoints restent en théorie entièrement séparés; il n'y a aucune obligation pour le mari et la femme de contribuer aux charges du ménage; il n'y a même pas, à vrai dire, de ménage commun. C'est l'exclusion complète de toute société conjugale; c'est un régime de séparation de biens au sens plein du mot, alors qu'il en est différemment du régime ainsi qualifié aujourd'hui. Mais cette situation est plus théorique que pratique : en fait, la femme

(7) *Dig.*, 23. 2. 1.

(8) En ce sens, Girard, p. 162, note 3. D'après Lefebvre (*op. cit.*, p. 174), au contraire, la définition de Modestin appartient originellement au III^e siècle dans son intégralité. Ihering a réfuté d'avance cette opinion (*op. cit.*, II, p. 203) : « A ce mariage ancien, écrit-il, s'appliquait la définition célèbre du mariage romain, définition qui, aux yeux d'un ignorant, paraîtrait exprimer l'idée chrétienne du mariage; pour l'époque ancienne, elle était une vérité, pour l'époque postérieure, qui nous l'a transmise, elle n'était plus qu'une réminiscence. » Toutefois, récemment, M. V. Basanoff a soutenu, avec des arguments nouveaux, que la définition litigieuse ne pouvait pas se rapporter au mariage *cum manu* (*Journées d'histoire du Droit de Bruxelles*, juin 1930, compte rendu dans la *Nouv. Revue historique*, 1930, p. 598). — Quoi qu'il en soit, Denys d'Halicarnasse (mort vers l'an 8 avant J.-C.) considère la communauté universelle comme le régime matrimonial de la Rome primitive, témoin le langage qu'il prête à de prétendues *leges regię de Romulus* (*Antiquités romaines*, 2, 25 : ... γυναίκα ... ἀνδρὶ κοινῶν ἅπαντων εἶναι χρημάτων τε καὶ ἱερῶν) et de Numa (*ibid.*, 2, 27 : ... γυναίκα ... κοινῶν ἐσομένην ἱερῶν τε καὶ χρημάτων κατὰ τοὺς νόμους). Comp. Columelle (*De re rustica*, préface du livre 12 : « Nihil conspiciebatur in domo divi dum, nihil quod aut maritus aut femina proprium esse juris diceret »).

romaine apporte presque toujours une dot à son mari, et par là la société conjugale se trouve constituée.

Les jurisconsultes romains ont-ils conçu la nature juridique du régime dotal ainsi formé ? On pourrait être tenté de l'admettre en prétextant qu'ils ont donné de la dot une définition conforme à son rôle d'apport social : « Dos... matrimonio cohærens oneribus ejus ac liberis communibus... confertur. »⁽⁹⁾. Une telle déduction serait téméraire : ainsi que l'a démontré M. Gradenwitz⁽¹⁰⁾, cette idée de lier la dot aux charges du mariage, outre qu'elle est relativement récente (on ne la rencontre pas dans les sources avant Papinien), n'est jamais exprimée que d'une façon occasionnelle, et surtout dans le sens que celui qui ne supporte pas les charges ne doit pas avoir la dot.

Cependant, on soutient parfois que les Romains ont fait un rapprochement en formes entre le régime matrimonial et la société. A cet effet, on invoque, sans grand discernement, des textes très disparates⁽¹¹⁾. Nous croyons qu'à ce point de vue des distinctions sont nécessaires :

1° Beaucoup d'auteurs latins, qui s'échelonnent de Plaute à Tacite, parlent à propos des époux (mariés *cum manu* ou *sine manu*, on ne saurait préciser) de *socii* et de *societas*. Il s'agit là essentiellement de textes littéraires, sans portée juridique⁽¹²⁾. On peut ranger dans la même catégorie quelques textes juridiques, qui, à l'appui de telle ou telle solution concrète, invoquent les rapports d'intimité personnelle que le mariage engendre forcément entre conjoints, indé-

(9) Papinien, Dig., 49. 17. 16. pr. Comp. Tryphoninus, Dig., 23. 3. 76 : « Nisi matrimonii oneribus serviat, dos nulla est ». V. un inventaire des textes exprimant la même idée chez M. Gradenwitz, *zur Natur der Dos* (*Mélanges Girardin*, 1907), p. 284-285.

(10) Gradenwitz, *op. cit.*, p. 283-298.

(11) V. par ex. : E. del Chiaro, *Le contrat de société en droit romain*, thèse Nancy, 1928, p. 111-112.

(12) Plaute (*Stichus*, I, 2, v. 44) : « ... Eos nos magnificare, qui nos socios sumperunt sibi. » — Cicéron (*Pro Fonteio*, 47) : « ... feminæ... habere

pendamment même d'un régime matrimonial⁽¹³⁾. C'est là proprement l'équivalent de notre expression d'association conjugale, dont l'imprécision fondamentale, déjà indiquée, sera démontrée plus tard. Tous ces textes doivent être impitoyablement bannis de la discussion.

2° Un monument épigraphique du règne d'Auguste⁽¹⁴⁾, la *laudatio* dite de Turia, révèle un courant de pratique fortement influencé par l'idée de société conjugale. Turia et son mari avaient mis en commun aussi bien leurs deux patrimoines que les acquêts réalisés au cours du mariage⁽¹⁵⁾. Turia, étant stérile, avait proposé à son mari de

domi socium possent »; (*De officiis*, I, 17, 54) : « Prima societas in ipso conjugio est, proxima in liberis, deinde una domus, communia omnia. » — Tite Live (I, 9) : « ... illas in matrimonio, in societate fortunarum omnium civitatisque et, quo nihil carius humano generi sit, liberum fore. » [Ce discours, mis dans la bouche de Romulus, paraîtrait contenir une allusion à l'antique *manus*, si l'on ne savait que la couleur historique est le moindre souci de Tite Live]. — Lucain (*Pharsale*, II, 346-347) : « Non me lætorum sociam, rebusque secundis accipis; in curas venio partemque laborum. » — Martial (IV, 75) : « ... gaudentem socio participique viro. » — Tacite (*Annales*, XII, 5) : « Quid honestius levamen quam assumere conjugem, prosperis dubiisque sociam, cui cogitationes intimas, cui parvos liberos tradat ? »

(13) Ulpien (Dig., 29. 5. 1. 15) interprète ainsi le sénatus-consulte Silanien (« de publica questione a familia necatorum habenda ») décidant que, lorsque le maître meurt de mort violente, les esclaves doivent être mis à la torture : « Si vir aut uxor occisi esse proponantur, de servis eorum questio habetur, quamquam neque viri servi proprie uxoris dicantur, neque uxoris proprie viri : sed quia commixta familia est et una domus est, ita vindicandum atque in propriis servis senatus censuit. » — Pour expliquer que la femme, actionnée par le mari en exécution d'une promesse de dot, jouit du bénéfice de compétence, Paul (Dig., 24. 3. 17. 1) tient le langage suivant : « ... sicuti cum socia fuit, dabitur ei exceptio... » Le même Paul (Dig., 25. 2. 1) signale que, d'après Nerva et Cassius, la femme ne peut commettre de *furtum* à l'encontre du mari (comp. art. 380 de notre Code pénal) « quia societas vitæ quodammodo dominam eam faceret ». — Enfin, dans une constitution de 242 (C. 9. 32. 4), Gordien dénie aux héritiers du mari le droit d'intenter le « crimen expilatæ hereditatis » contre la femme, parce que, déclare-t-il, « socia rei humanæ atque divinæ domus suscipitur ».

(14) Girard, *Textes de droit romain*, 5^e éd., p. 817-821.

(15) *Laudatio*, I, 37-40 [C'est le mari de Turia qui parle] : « Omne tuum patrimonium acceptum ab parentibus communi diligentia conservavimus ; neque enim erat acquirendi tibi cura, quod totum mihi tradidisti.

divorcer, en lui offrant même de continuer la communauté⁽¹⁶⁾. Il s'agissait là d'une communauté universelle, particulièrement solide, se résolvant juridiquement dans une *societas omnium bonorum*. L'existence de sociétés entre époux est postérieurement attestée par les jurisconsultes classiques⁽¹⁷⁾. Mais, remarquons-le, on n'est toujours en présence que d'une *pratique facultative*, d'ailleurs rare. Le régime de droit commun reste, selon qu'une dot est ou non constituée, soit la séparation de biens absolue, pour laquelle on ne peut parler de société, soit le régime dotal, que les jurisconsultes romains ne songent pas à analyser en une société.

3° A l'époque byzantine, quelques textes législatifs apportent au régime dotal des innovations tendant à en marquer davantage le caractère de société. Une novelle de Théodose et Valentinien de 444 décide que le conjoint survivant ne peut réclamer aux héritiers du prédécédé le remboursement de ses revenus consommés au cours du mariage; ces revenus sont censés avoir été dépensés dans l'intérêt commun du ménage⁽¹⁸⁾. Une telle disposition, atté-

Officia ita partiti sumus, ut ego tutelam tuæ fortunæ gererem, tu meæ custodiam sustineres. »

(16) *Laudatio*, II, 32-39 : « Diffidens fecunditati tuæ... de divertio elocuta es vocuamque domum alterius fecunditati te tradituram, ... neque patrimonii nostri, quod adhuc fuerat commune, separationem facturam sed in eodem arbitrio meo id et, si vellem, tuo ministerio futurum : nihil se junctum, nihil separatum te habituram. »

(17) Cervidius Scævola (II^e s.) (Dig., 32. 1. 41. pr.) : « Uxorem et filium communem heredes instituit et uxoris fidei commisit in hæc verba : peto a te, domina uxor, ne ex fundo Titiano partem tibi vindices, cum sciās me universam emptionem ejus fundi fecisse, sed beneficio affectionis et pietatis, quam tibi debui, eandem emptionem, cum nummis meis comparrassem, tecum communicasse. » — Le même (Dig., 24. 1. 16. 3) : « ... societatem omnium bonorum suorum cum uxore sua per annos amplius quadraginta habuit... » — Comp. Ulpian (Dig., 24. 1. 32. 24) : « Si inter virum et uxorem societas donationis causa contracta sit, jure vulgato nulla est », etc.

(18) Nov. 14, publiée à la suite du Code Théodosien de Mommsen-Meyer, p. 98 : « ... fructus ... quos utique stante matrimonio in illa æqualitate vivendi in commune consumptos convenit æstimari... » La constitution, qui

nuation à l'individualisme absolu de la paraphernalité générale romaine, aboutissait à créer entre les époux une société de fait limitée aux revenus⁽¹⁹⁾. Le même esprit semble avoir inspiré, dans la compilation justinienne, les interpolations avérées, à la suite desquelles le mari, débiteur de la restitution de la dot, jusque-là tenu de la *culpa levis in abstracto*, ne l'a plus été que de la *culpa in concreto*, à l'exemple de ce qui avait eu lieu notamment pour l'associé⁽²⁰⁾. Girard explique la nouvelle règle en termes significatifs : « La raison la meilleure est peut-être que ces personnes font toutes, pour partie, leur propre affaire et qu'on suppose que, si elles n'ont pas fait mieux, c'est qu'elles ne l'ont pas pu. » On voit bien que la réforme

passa dans le Bréviaire d'Alaric (« De fructibus inter maritum et uxorem expensis filiis vel heredibus non imputandis ») et dans son interprétation, n'a pas été recueillie par le Code Justinien. Mais son inspiration se retrouve dans une constitution de 530, où Justinien décide que, lorsque l'époux a reçu l'administration de créances paraphernales : « ... licentiam... marito dari... usuras... circa se et uxorem expendere. » (C., 5. 14. 11.) Il faut noter que la Novelle de 444, tout en constatant que seules les femmes intentaient des réclamations de ce genre, déclare expressément y couper court à l'encontre de l'un et de l'autre conjoint. C'est donc une disposition beaucoup plus large que notre boiteux article 1378. Il serait, d'ailleurs, difficile d'établir une filiation historique entre le Bréviaire Alaric et l'article 1378; ou, du moins, cette filiation apparaîtrait brisée, car, dans les pays de Droit écrit, on admettait que le mari devait rendre compte des fruits qu'il avait consommés dans son intérêt particulier (Bretonnier, *Recueil alphabétique de questions de droit*, v^o Paraphernaux; Roussilhe, *De la dot*, éd. Sacaze, n^o 160), et le Code civil a entendu innover.

(19) A la même époque et dans le même courant d'idées, la pratique tend à attribuer au mari l'administration des paraphernaux, soit en vertu d'un mandat de la femme, soit par suite du défaut d'opposition de celle-ci (Constitution de Théodose et Valentinien de 450, C. 5. 14. 8. Comp. « Consultatio veteris ejusdam jurisconsulti » écrite en Gaule au début du vi^e siècle, II, 1 et 2 : « nec posse aliquid firmit et stabile esse, quod sine conscientia uxoris de rebus uxoris visus fuerit transgisse »).

(20) Dig., 23. 3. 17. pr. (Paul) et 24. 3. 24. 5 (Ulpien). Comp. pour l'associé : Dig., 17. 2. 72 (Gaius); pour le coïndivisaire : Dig., 10. 2. 25. 16 (Paul) et pour le tuteur : Dig., 27. 3. 1. pr. (Ulpien, opposé au même Ulpien : Dig., 26. 7. 10). — Dans le sens de l'interpolation : Seckel, *Handlexikon*, v^o *Diligentia*, Mitteis, *Römisches Privatrecht*, I, p. 331-333; Girard, *Manuel*, p. 697 (note).

recouvre une idée latente de société⁽²¹⁾. A vrai dire, le droit matrimonial du Bas-Empire est marqué par une forte poussée communautaire⁽²²⁾, dont on peut se demander si elle n'est pas en rapport avec l'influence du christianisme. Le mouvement ne se borna pas à modifier le régime dotal; il finit, spécialement grâce à la combinaison de la dot et de la *donatio propter nuptias*, par engendrer un type nouveau de régime matrimonial : c'est un point que l'on retrouvera à propos des origines de la communauté de biens entre époux.

Les distinctions précédentes facilitent notre conclusion sur l'œuvre du Droit romain en la matière. Laissant de côté les deux périodes extrêmes, où la communauté existe sous des formes différentes, laissant également de côté l'hypothèse de la paraphernalité générale, ainsi que certaines pratiques conventionnelles précitées, nous envisageons seulement le régime dotal à l'état pur. Or, si, en réalité, ce régime peut s'analyser, dans sa nature juridique, en une société, il faut reconnaître que *jamais les jurisconsultes classiques n'ont fait un rapprochement conscient entre les deux notions*⁽²³⁾. Cette conclusion n'est nullement surprenante, car ce n'est un secret pour personne que la construction juridique abstraite est à peu près étrangère aux juristes romains.

(21) Comp. Domat, Lois civiles, liv. I, tit. IX, sect. III, n° 2 : « Comme le mari jouit de la dot, et qu'il l'a entre ses mains, *autant pour son intérêt que pour celui de sa femme*, il doit en avoir le même soin que de ses affaires. »

(22) Il est possible que cette poussée, particulièrement forte aux iv^e et v^e siècles, ait été endiguée — au moins provisoirement — par Justinien. En ce sens, Lefebvre, *op. cit.*, p. 217.

(23) Comp. Lefebvre, *op. cit.*, p. 236-237. — Parmi les raisons invoquées par cet historien, il en est une qui semble particulièrement importante au point de vue des notions de société conjugale et de personnalité du ménage : « Il a manqué au Droit romain, écrit Lefebvre, *de bien concevoir le mariage comme le noyau d'un ménage indépendant et distinct*. Et pourquoi ? parce que la *patria potestas* est toujours demeurée debout avec cette conséquence excessive des enfants et descendants traités en *alieni juris*, sans que l'âge ni le mariage n'y changent rien. »

II. — Les interprètes du Droit écrit.

Beaucoup de ces constructions juridiques, ignorées du Droit romain, ont été édifiées par les romanistes. Mais, en ce qui concerne la nature juridique du régime dotal, le silence des sources n'a pas été suppléé, en général, par la sagacité des interprètes. Quelques citations serviront de points de repère à travers les siècles.

Bartole, pour étayer une solution très particulière, dit, en calquant une phrase de l'empereur Gordien : « Vir et uxor sunt *socii* divinæ atque humanæ domus. »⁽²⁴⁾. Seulement, ce qu'il a en vue dans cette comparaison, qui se retrouve chez certains de ses disciples comme Balde et Alexandre⁽²⁵⁾, c'est beaucoup plus le mariage lui-même que le régime matrimonial. Cujas a positivement nié, à propos, il est vrai, d'une simple question fiscale, qu'il existât sous l'empire du Droit romain une société de biens entre les époux⁽²⁶⁾. Avec son rival, Doneau⁽²⁷⁾, et avec

(24) Bartole, sur la loi Divortio, § interdum (Dig., 24. 3. 7. 15), nos 3 et 4. La question en jeu était la suivante : « Cautio quam præstat mulier viro soluto matrimonio de restituendis fructibus, an debeat esse cum fidejussoribus » — Comp. la constitution de Gordien, C. 9. 32. 4, citée déjà, p. 142 note 13.

(25) V. sur ce point, Felicius, *Tractatus de communione seu societate, procemium*, nos 24-25.

(26) Cujas, éd. Fabrot, t. IX, c. 1132, E, sur le Code 7. 73. 1 : *de privilegio fisci*. La constitution de Caracalla décidait : « Bona mariti tui, si ob reliqua administrationis primipili a fisco occupata sunt, res, quas tuas esse liquido probaveris, ab aliis separatæ tibi restituuntur. » Le bon droit d'une telle demande en distraction était évident. Cujas en donne cette explication superflue : « Quia inter conjuges nulla est communio bonorum, est *societas vitæ, non bonorum*, et res uxoris non minus viro sunt alienæ quam res cujuslibet extranei. » — Ailleurs (t. VIII, c. 346 E, sur le Dig., 44. 7. 19), il rapproche la constitution de dot de la vente, conception à peu près étrangère au Droit romain (Gradenwitz, *op. cit.*, p. 291 et suiv.) : « Emptor pro re confert pecuniam, maritus pro dote sumptus intolerabiles. » — Nous verrons que Cujas a eu une vue beaucoup plus exacte sur les bénéfices retirés par la femme du régime dotal.

(27) Doneau, liv. 13, chap. 15, n° 1 et chap. 18 n° 1 : *Vitæ societas est ea, quam uno verbo nuptias et matrimonium appellamus*.

d'autres interprètes postérieurs⁽²⁸⁾, on tombe dans la notion de *societas vitæ*, qui est le digne pendant de notre confuse notion d'association conjugale. A l'entrée du xvii^e siècle, le jurisconsulte italien Felicius, dans son *Tractatus de societate*, observe que c'est par une extension vague du concept de société que les époux sont qualifiés associés sous l'angle de leurs seuls rapports d'ordre personnel : « Hinc videmus, quod maritus et uxor *propter communionem animorum et corporum socii* nucupantur. »⁽²⁹⁾. Domat, esprit philosophique, semble, au contraire, entrevoir le problème de la nature juridique du régime dotal. Non seulement, ce qui est un plan déjà significatif par lui-même, il traite des dots immédiatement après avoir parlé de la société⁽³⁰⁾, mais il s'exprime ainsi : « Les règles des dots ont leur fondement sur les principes naturels du lien du mariage, où le mari et la femme forment un seul tout dont le mari est le chef. Car c'est un effet de cette union que la femme se mettant elle-même sous la puissance du mari, elle y mette aussi les biens, et qu'ils passent à l'usage de la société qu'ils forment ensemble. »⁽³¹⁾. Au xviii^e siècle, le Napolitain Jules Capone envisage la dot comme un contrat nommé et en proclame l'autonomie absolue au regard de tous les autres contrats⁽³²⁾. Il faut citer dans le même sens, pour terminer, le commentaire de Pothier sur les Pandectes : « Dos definiri potest, contractus quo mulier, aliusve pro ea, viro ad sustinenda matrimonii onera, aliquid dat aut promittit. »⁽³³⁾. C'est un bon modèle de ces définitions, non

(28) Voir, par exemple, Jean Voet, *ad Pandectas, de jure dotium*, 2 : « ... societas inita cum voto ut ad finem vitæ conjugum perduret... »

(29) Felicius, *op. cit.*, *proœmium*, n° 24.

(30) Domat, *Lois civiles*, livre I, titre VIII : « De la société; titre IX « Des dots ».

(31) Domat, *op. cit.*, livre I, titre IX.

(32) Capone, *Tractatus de dote* (1733), Quæstio IX, n° 11 : « ... contractum nominatum... et aliis contractibus minime communicatum. »

(33) Pothier, *Pandectes*, livre 23, titre 3.

pas foncièrement inexactes, mais d'une clarté superficielle, par lesquelles on a éludé et on élude encore la question qui nous occupe.

Si les anciens romanistes — comme aussi les auteurs qui ont étudié spécialement le Droit écrit à travers la jurisprudence des Parlements méridionaux⁽³⁴⁾ — ne sont pas parvenus à des résultats plus satisfaisants, c'est que leur attention fut accaparée par une controverse née de la contradiction des textes romains et consistant à se demander si le mari était propriétaire ou usufruitier de la dot. C'est cette controverse interminable, quoique secondaire, qui a tout obscurci, et le malheur est qu'elle s'est perpétuée au xix^e siècle, en contribuant à maintenir le régime dotal dans une ambiance historique.

Cela nous conduit à une explication nécessaire : nous venons d'avoir recours à l'histoire aux fins de documentation scientifique, mais non pas aux fins d'interprétation du Droit positif. C'est sans doute une opinion répandue que la réglementation du régime dotal doit être interprétée en fonction des données de l'histoire. M. Planiol voudrait même, sur la foi de l'intention du législateur, sauter par-dessus notre ancien Droit écrit pour entrer en communication directe avec le Droit romain le plus pur⁽³⁵⁾. En réalité, la conception organique du Droit doit avoir le pas sur

(34) Dans les pays de Droit écrit, le régime matrimonial de droit commun était, sauf dans la Marche et l'Auvergne, la paraphernalité générale, c'est-à-dire la séparation de biens, la dotalité ne se présument pas (En ce sens : Tessier, *Traité de la dot*, I, n° 30; Brissaud, *Cours d'histoire générale du droit français*, II, p. 1690). — N'empêche que nos vieux auteurs étudient le régime dotal d'une façon détaillée; mais ils en négligent la nature juridique. S'ils font parfois appel à la notion de société, c'est pour qualifier littérairement le mariage, sans songer au régime matrimonial. « Le mariage, dit ainsi Julien (*Eléments de jurisprudence*, liv. I, tit. 3, n° 7), est une société de biens et de maux, et la femme doit partager la bonne et la mauvaise fortune de son mari. »

(35) Planiol, *Traité élémentaire*, III, n° 1576, et les déclarations de Duveyrier et d'Albisson invoquées par lui.

la conception historique ici comme ailleurs, ou même plus que partout ailleurs, car, pour reprendre une constatation de M. Bartin, « l'incertitude et l'insuffisance des précédents historiques éclatent pour peu que l'on compare le régime dotal de l'ancienne France, tel que nos vieux juristes l'avaient élaboré, aux dispositions légales que renferme le Code » (36).

§ 2. — *La nature juridique du régime dotal devant la doctrine moderne.*

I. — *Etat des conceptions doctrinales.*

Adoptant le point de vue dont s'était inspiré le plan du Code Napoléon, les commentateurs du xix^e siècle allèrent chercher la nature juridique du régime dotal du côté des modes d'acquérir. Plus précisément, ils bornèrent leurs préoccupations à déterminer la nature du droit du mari sur les biens dotaux : en acquérait-il la propriété ou l'usufruit ? Tout était là. Les rapports du régime dotal avec les notions de société et d'association ne furent même pas, en général, effleurés.

Si le problème fut orienté de cette manière, on le doit, pour beaucoup, à l'éclat de la théorie paradoxale de Troplong : le mari propriétaire de la dot. Déjà, dans son *Traité de la prescription*, Troplong avait proclamé incidemment que le mari est, durant le mariage, propriétaire exclusif de la dot (37). Le système est développé dans le *Traité du contrat de mariage*, mais d'une façon bien plus nuancée (38). Suivant Troplong, le mari a un droit de propriété sur la dot en même temps que la femme en a un autre ; celle-ci a le domaine naturel, celui-là le domaine

(36) Bartin, *Etudes sur le régime dotal* (Travaux et mémoires des Facultés de Lille), 1892, préface, p. vi.

(37) Troplong, *Prescription*, II, n^o 483.

(38) Troplong, *Contrat de mariage*, IV, n^{os} 3097 à 3104.

civil. C'est l'application d'une formule empruntée à Cujas : « Uxor domina est rerum dotium naturaliter, maritus civiliter. » On objecte que deux personnes ne peuvent être propriétaires *in solidum* de la même chose. « Oublie-t-on, réplique Troplong, que cela n'est exact que quand il s'agit d'un droit identique, et nullement quand il s'agit de droits divers; que le droit du mari est autre que le droit de la femme, et que rien n'empêche, dès lors, leur existence simultanée ? » (39).

A vrai dire, l'argumentation de Troplong repose sur une base historique et, partant, très fragile. Il tient à démontrer que Justinien n'a rien changé au droit de propriété du mari sur la dot; que les interprètes du Droit écrit n'ont rien changé au système de Justinien; enfin que les rédacteurs du Code civil n'ont rien changé aux principes du Droit écrit. Mais, à chacun des degrés de la démonstration, il y a place pour le doute. Rien n'est plus obscur que la portée de la fameuse constitution promulguée par Justinien en 529 (40) : si, pour certains romanistes, le mari demeure propriétaire de la dot (41), pour d'autres, il n'en acquiert plus que la jouissance (42); d'après une opinion plus récente, émise par M. Collinet (43), le mari a un droit de propriété résoluble, droit d'une nature spéciale dans les idées byzantines influencées par la philosophie de Plotin (44). On doit reconnaître, avec Tessier, « l'impossi-

(39) Troplong, *Contrat de mariage*, IV, n° 3099.

(40) C. 5. 12. 30.

(41) En ce sens, Girard, *Manuel*, p. 1021. Le meilleur argument est qu'une constitution postérieure (C. 5. 13. 1, année 530) est venue interdire au mari d'aliéner le fonds dotal même avec le consentement de la femme : une telle interdiction ne peut s'adresser qu'à un propriétaire.

(42) En ce sens, Labbé sur Ortolan, *Législation romaine*, III, p. 939-944.

(43) Collinet, *Etudes historiques*, I, p. 174 et suiv.

(44) La *vindicatio utilis*, accordée à la femme, à la dissolution du mariage, par C. 5. 12. 30, est la sanction d'un *jus singulare* : c'est une action réelle sanctionnant un droit personnel et se concrétisant sur l'objet de l'obligation ou sur des choses subrogées; elle tend à procurer la possession et la propriété (car la femme demanderesse n'est pas propriétaire

bilité de faire servir à la solution de la même question sous le Code un Droit resté à l'état d'énigme et des commentaires plus ou moins divinatoires » ⁽⁴⁵⁾. D'ailleurs, chez les interprètes du Droit écrit, il y a eu les plus grandes divergences sur la matière, et Troplong lui-même se donne beaucoup de mal pour essayer d'accorder Doneau avec Cujas ⁽⁴⁶⁾. Enfin, affirmer que le Code civil a purement et simplement entériné la tradition avec ses variations et ses incertitudes, c'est méconnaître le rôle de la codification. Répétons que la nature juridique du régime dotal doit être envisagée sur le terrain du droit positif. Or, sur ce terrain pour reprendre la réfutation célèbre due à Tessier ⁽⁴⁷⁾, la conception de Troplong succombe devant les textes — devant l'article 1549, qui ne fait pas du mari un propriétaire; devant l'article 1552, qui dispose que l'estimation de l'immeuble dotal n'en transporte pas la propriété au mari; devant l'article 1566, où il est parlé de meubles dotaux dont la propriété reste à la femme, etc. ⁽⁴⁸⁾.

auparavant) et ne peut s'exercer que sur des choses qui se trouvent encore dans le patrimoine du mari ou aux mains de tiers acquéreurs sans titre légitime. D'autre part, le *jus naturale* mentionné dans cette constitution n'est pas, comme devait le croire Cujas, le droit naturel des Romains; c'est la raison « naturelle » des Byzantins (*φυσικος λογος, φυσικος*), par opposition à la « raison civile » (*πολιτικος λογος, νομος, subtilitas legum*).

(45) Tessier, *Questions sur la dot*, n° 21.

(46) Doneau, *Comment. de jure civili*, Liv. 14, chap. 4, nos 8 à 11, *pars tertia* : « Quis ergo dominus dotis etiam constante matrimonio ? Revera uxor sola. » Dès le x^e siècle. Masuer déclare : « Vir habet jus usufructuarium, et uxor proprietatem » (*Practica forensis, De dote et matrimonio*, n° 10). A la fin du xvm^e siècle, Julien (*Eléments de jurisprudence*, liv. I, tit. 4, n° 16) et surtout Roussilhe (*Traité de la dot*, n° 216) disent la même chose. Cependant, il y a toujours eu des hésitations : en 1747, Vedel, dans ses Observations sur les arrêts du Parlement de Toulouse (*Recueil de Catellan*, II, p. 50), considère, par moments, le mari comme propriétaire du fonds dotal, même après la séparation de biens.

(47) Tessier, *Questions sur la dot*, nos 35 à 47. — Comp. Odier, III, n° 1164.

(48) Devant l'article 1567, qui applique à l'encontre de la femme la maxime « Res perit domino »; devant les articles 1555 et 1556, aux termes desquels la femme peut faire des donations valables; devant l'article 1559, qui exige son concours pour l'échange du fonds dotal; devant les articles 1551 et 1565 prévoyant des cas exceptionnels où le mari devient propriétaire, ce qui suppose une règle inverse.

Cependant, la théorie de Troplong ne mérite pas l'entier discrédit où elle est tombée. Il ne faut pas croire qu'elle constitue une négation brutale de l'idée de société : ainsi que l'ont prouvé nos développements antérieurs sur l'association en participation, la propriété exclusive du mari ne serait pas incompatible avec l'existence d'une société conjugale. D'autre part, on relève dans cette théorie quelques vues très justes. La différence qui sépare le mari de l'usufruitier est mise en relief ⁽⁴⁹⁾. A ceux qui veulent démontrer que le mari n'est pas propriétaire du fonds dotal parce qu'il ne peut pas l'aliéner, Troplong répond judicieusement que l'argument conduirait à dire que la femme non plus n'en est pas propriétaire ⁽⁵⁰⁾. Si Troplong n'a pas réussi à établir le droit de propriété du mari, il est bien près d'avoir ruiné le droit de propriété de la femme. La propriété de la dot est transférée, dit-il. Cela est peut-être exact : seulement ce n'est pas au mari qu'elle est transférée; nous aurons à nous demander si une tierce personne, un être moral, ne s'interpose pas en réalité entre les deux conjoints. C'est ce qui expliquerait que ni le mari ni la femme n'aient un droit réel sur les biens dotaux, tout en ayant l'un et l'autre un droit sur ces biens. N'est-ce pas ce qui apparaît quand on médite tel passage de Cujas dont se prévalait Troplong ? « Naturaliter esse dominam uxorem, non tam quod quandoque dos ad eam reductura sit... quam quod *emolumentum dotis, constante matrimonio... re ipsa redeat ad mulierem, cum maritus sustineat onera matrimonii.* » ⁽⁵¹⁾. Le droit de la femme, c'est une participation aux bénéfices que produit son apport dans la société conjugale ⁽⁵²⁾; c'est une part sociale,

(49) Troplong, IV, nos 3593-3594.

(50) Troplong, IV, n° 3400.

(51) Cujas, sur le Code, C. 5. 12. 4 (t IX, c. 479 C.).

(52) En dégageant cette notion d'un bénéfice actuel, perçu par la femme durant le mariage, Cujas marque un progrès considérable sur ses devanciers; Alciat, par exemple, avait déjà soutenu (sur le Dig. « de acqui-

une part d'intérêt. En somme, la théorie de Troplong, par son ampleur, ouvrait, sur la notion de société, des horizons que les autres civilistes eurent le tort de fermer.

L'opinion de Troplong resta isolée dans la doctrine⁽⁵³⁾. Les Exégètes émirent en général sur la question des théories assez embarrassées. Proudhon, sans doute, n'hésita pas à faire du mari un usufruitier⁽⁵⁴⁾. Mais Toullier se refusa à reconnaître dans le régime dotal un démembrement de la propriété⁽⁵⁵⁾. Ce qui le choquait surtout, c'est que l'usufruit, immobilier en tant que portant sur le fonds dotal, aurait été susceptible d'hypothèque. Pour lui, le droit du mari était toujours mobilier et, solution inattendue, constituait une sorte d'antichrèse⁽⁵⁶⁾. Remarquons que le rapprochement ainsi esquissé par Toullier n'est pas

renda vel amittenda possessione », loi 7; *Opera omnia*, I, 1470, n° 16) que les deux époux étaient propriétaires de la dot, chacun d'une manière différente. Mais il ne considérait la femme comme propriétaire que parce que la dot devait lui revenir un jour, et, comparant son droit virtuel à celui des fils sur la succession paternelle, il le qualifiait de *καταπρολήψις*, anticipation.

(53) Avant Troplong, Commaille (*op. cit.*, n° 499) et Merlin (*Répertoire*, v° *Dot*, § 7, II) avaient dit : « Le mari a, sur les choses non estimées, une propriété semblable à celle du grevé de substitution. » Mais ils l'assimilaient, au fond, à un usufruitier. (V. par ex. Merlin, *loc. cit.*, § 7, n° 6).

(54) Proudhon, *Usufruit*, t. I, n° 118.

(55) Toullier, XIV, n° 132. — Il semblerait que Toullier ait aperçu les rapports du régime dotal et de la notion de société (XII, n° 38) : « On peut définir (le régime dotal) le régime qui, en réservant à chacun des époux la propriété de tous leurs biens meubles et immeubles, présents et futurs, laisse au mari, chef naturel de la *société conjugale*, la jouissance de tous les biens ou de portion des biens de la femme pour en supporter les charges. » Mais la société conjugale dont il s'agit là est apparemment, par une confusion signalée, la *société des personnes* dont Toullier parle plus haut (n° 3), c'est-à-dire le mariage lui-même.

(56) Toullier, XIV, n° 133 : « C'est pour demeurer quitte de sa portion contributive aux dépenses et charges nécessairement variables de chaque année, que la femme donne à forfait à son mari la jouissance de tous ses biens dotaux, comme dans l'antichrèse, le débiteur abandonne à son créancier la jouissance de certains immeubles, ou la perception des fruits à naître chaque année sur ces immeubles, pour servir à l'acquit de sa dette. » — Ailleurs (n° 131), Toullier penche vers la notion plus vague d'un droit *sui generis*.

défendable. L'antichrèse, qui s'analyse au fond dans une vente à livrer des revenus, fortifiée par un droit de rétention de l'immeuble ⁽⁵⁷⁾, concerne exclusivement le droit du crédit : « Le créancier n'acquiert par ce contrat que la faculté de percevoir les fruits de l'immeuble, à la charge de les imputer annuellement sur les intérêts, s'il lui en est dû, et ensuite sur le capital de sa créance » (art. 2085). Or, il serait singulier qu'un régime matrimonial se ramenât à des rapports antagonistes de créancier nanti à débiteur et que les époux fussent en quelque façon obligés de passer leur vie dans le vestibule des voies d'exécution forcée ⁽⁵⁸⁾. En admettant que la femme fût débitrice d'une contribution aux charges du mariage, il faudrait préciser la nature particulière de cette dette, dont le paiement doit être appliqué par le créancier à un objet profitable à la débitrice. Au surplus, le mari n'est assujetti à aucune imputation des revenus, et les droits que lui confère l'article 1549, beaucoup plus étendus que ceux de l'antichrèse, portent sur les meubles aussi bien que sur les immeubles.

Par un examen plus attentif de l'article 1549, les Exégètes de la grande époque en arrivèrent à dédoubler le droit du mari et à y distinguer et un droit d'administration et un droit d'usufruit ou de jouissance. Telle est la conception de Duranton ⁽⁵⁹⁾, d'Aubry et Rau, qui déclarent d'ailleurs que « le régime dotal..., de sa nature, exclut toute idée de société de biens entre les époux » ⁽⁶⁰⁾; de Taulier ⁽⁶¹⁾, de Tessier ⁽⁶²⁾, et aussi de tout un groupe d'auteurs

(57) V. J. Bonnetcase, *Supplément au Traité de Baudry-Lacantinerie*, V. n° 408.

(58) Comp. et opp. l'article 2088.

(59) Duranton, XV, n° 384.

(60) Aubry et Rau, VIII, § 533.

(61) Taulier, V, p. 224.

(62) Tessier, *Traité de la dot*, I, n° 97 et 111; *Questions sur la dot*, n° 41 et suiv.

que l'on pourrait appeler les dotalistes de second ordre ⁽⁶³⁾. Cette conception, déjà trouble en elle-même ⁽⁶⁴⁾, s'aggrave du fait que l'usufruit du mari est présenté comme un usufruit d'une qualité spéciale ou même, d'après Rodière et Pont ⁽⁶⁵⁾, comme un usufruit mélangé de propriété et que, en outre, des auteurs tels que Marcadé ⁽⁶⁶⁾ et Guillouard ⁽⁶⁷⁾ superposent à l'usufruit un mandat légal, ce qui ajoute une notion fausse à beaucoup de notions confuses. Odier nous paraît traduire fidèlement l'état d'esprit des Exégètes sur la question lorsqu'il définit le droit dont il s'agit : « Un droit d'administration et de jouissance qui confère au mari, pendant la durée du mariage, les fruits et revenus des biens dotaux, sous condition de subvenir aux charges du mariage et sous les conditions imposées aux usufruitiers, sans que ce droit soit principalement ni singulièrement un usufruit. Le droit du mari sur la dot, continue-t-il, est donc comme le droit sur les biens communs du mari en communauté, un droit *sui generis*, qu'il faut étudier dans les actes dans lesquels il se résout. » ⁽⁶⁸⁾. Avec

(63) Seriziat, *Traité du régime dotal*, n° 66; Benoist, *Traité de la dot*, I, n° 99; Bellot des Minières, *Régime dotal et communauté d'acquêts*, I, n° 624 (Bellot des Minières résout le problème de la nature juridique du régime dotal avec une désinvolture inégale : « Le mari a quelques-uns des caractères de l'usufruitier, mais il n'en a pas tous les caractères; pas plus qu'il n'a tous ceux du mandataire, quoiqu'il en ait quelques-uns... le mari n'est que lui-même. » — Comp. postérieurement, Joutou, *Etude sur le système du régime dotal sous le Code civil*, n° 29.

(64) Elle fut accueillie par un arrêt connu de la Cour de Montpellier du 6 mars 1844 (S., 44. 2. 11). Il y est dit que le mari n'est pas tiers détenteur des biens dotaux, parce qu'il n'a sur eux ni propriété ni usufruit véritable.

(65) Rodière et Pont, III, nos 1713-1714.

(66) La conception de Marcadé est des plus confuses : le Code civil tient la femme pour seule propriétaire; le mari n'a qu'un usufruit d'une nature spéciale, mais qui est un droit réel; cependant il ne laisse pas de jouir de tous les droits qu'il avait à Rome; la loi l'investit d'un mandat à cet effet (t. VI, sur l'article 1549 et sur l'article 1550).

(67) Guillouard, IV, n° 1764 : « Le droit du mari n'est donc pas, à notre avis, un droit d'usufruit, mais bien un mandat accompagné d'un droit de jouissance spécial sur la dot. Le mari est avant tout mandataire. »

(68) Odier, III, nos 1169-1170.

une telle horreur de la systématisation, on supprime le problème de la nature juridique du régime dotal. C'est peut-être Laurent qui a fait le plus d'efforts pour coordonner ses idées en la matière : « Le mot administration, écrit-il, a un sens technique; par cela seul que le mari n'est qu'administrateur, il n'est pas propriétaire... Le Code dit très clairement quels sont les droits du mari sur les biens de la femme; il en a seul l'administration (art. 1549); il ne dit pas que le mari est usufruitier; mais, aux termes de l'article 1562, il est tenu de toutes les obligations de l'usufruitier, ce qui autorise à admettre qu'il est aussi usufruitier quant aux droits. » (69).

Les Exégètes de la fin du xix^e siècle s'en tiennent à cette double idée : administration et jouissance, pour qualifier les droits du mari sur les biens dotaux (70). Quelques développements de Baudry-Lacantinerie méritent d'être reproduits, parce qu'ils montrent bien sous quelle forme fragmentaire et filandreuse a été posée la question de la nature juridique du régime dotal : « La situation faite au mari dotal par le Code civil, déclare ce jurisconsulte, est plutôt comparable à celle d'un usufruitier qu'elle ne l'est à celle d'un propriétaire. Le mari est, en effet, tenu des obligations qui, de droit commun, incombent à l'usufruitier (art. 1562), sans toutefois être obligé de fournir une caution (art. 1550). Précisons, d'ailleurs, dès maintenant, comme nous l'avons fait en traitant du droit de jouissance de la communauté, qu'il ne s'agit point là d'un véritable démembrement de la propriété : c'est un droit de jouissance légale nécessairement attaché à la personne du mari. Il a pour but d'assurer partiellement l'entretien du ménage (art. 1540). Ce droit ne peut être ni aliéné, ni hypothéqué,

(69) Laurent, XXIII, nos 472-473.

(70) V. par ex. Colmet de Santerre sur Demante, VI, nos 210 bis et 221 bis; Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, III, nos 1618 et suiv.; Huc, IX, n° 433.

ni saisi. On a pu dire, d'autre part, avec raison, que le mari et la femme ne sont pas davantage l'un vis-à-vis de l'autre dans la situation parallèle d'un usufruitier et d'un nu propriétaire, ayant chacun leur droit réel sur la chose sans lien contractuel entre eux. Tout au contraire, le mari est le mandataire de l'épouse; mais l'étendue de ce mandat est réglée par la loi (art. 1549). Malgré le principe de la liberté des conventions matrimoniales, il est interdit d'amoindrir les droits que la loi constitue ainsi au mari chef du ménage (art. 1388). Nous aurons à signaler encore, chemin faisant, plus d'une différence de détail entre l'usufruit proprement dit et la jouissance légale du mari sur les biens dotaux. C'est ainsi que le principe spécial d'après lequel les époux ne doivent pas s'enrichir aux dépens l'un de l'autre vient imposer des comptes plus précis que s'il s'agissait d'un usufruit ordinaire. » (71).

Il faut avouer que l'Ecole contemporaine, ici encore, n'a pas répudié l'héritage de l'Ecole de l'Exégèse. C'est ainsi que M. Planiol, aussi bien dans le *Traité élémentaire* que dans le *Traité pratique* dû à la collaboration de MM. Ripert et Nast, envisage le régime dotal au point de vue des droits du mari : droit d'administration et droit de jouissance, étant toujours précisé que cette jouissance n'est pas un usufruit ordinaire (72). M. Eyquem lui-même, qui a rajeuni à tant d'égards l'étude du régime dotal, s'en tient ici aux formules traditionnelles : « Le principe du régime dotal est exclusif de toute idée de société. » (73). Au contraire, nous allons voir que M. Gény a récemment émis, d'une manière, il est vrai, tout à fait incidente, une opinion originale et très suggestive sur la question.

(71) Baudry-Lacantinerie, *Le Courtois et Surville*, III, n° 1603.

(72) Planiol, *Traité élémentaire*, III, nos 1463 et 1504; Planiol, Ripert et Nast, II, nos 1091 et suiv. — Comp. Colin et Capitant, *Cours élémentaire*, III, p. 278 et suiv., 286 et suiv., et Josserand, *Cours de droit civil positif français*, III, nos 564 et 570-571.

(73) Eyquem, *Le régime dotal*, 1905, n° 182.

II. — Examen critique de la théorie classique sur la nature juridique du régime dotal.

Il faut éliminer d'abord l'idée de mandat légal. On ne pourrait lui donner un sens qu'en la traduisant par la notion de représentation légale. Mais cette dernière notion elle-même ne saurait éclaircir notre sujet. La représentation est une institution juridique qui domine tout le domaine du Droit. On la rencontre, en Droit privé, dans les matières les plus diverses, aussi bien, par exemple, dans la tutelle que dans la société. Elle ne peut donc suffire à caractériser d'une manière principale la nature juridique du régime dotal.

Il faut en dire autant de l'idée d'administration maritale. Il n'y a même pas, à vrai dire, une notion autonome de l'administration; il n'y a qu'une notion de l'acte d'administration. L'acte d'administration suppose une personne en présence d'un patrimoine considéré dans ses éléments concrets (74). Mais c'est une situation qui se retrouve dans des hypothèses très différentes : ainsi les représentants des incapables et les gérants des sociétés font également des actes d'administration. La notion d'acte d'administration ne joue qu'autant qu'elle est intégrée dans le fonctionnement d'une institution juridique.

La théorie classique se ramène dès lors à ce point essentiel : *le mari usufruitier de la dot*. Le contrat de mariage portant adoption du régime dotal s'analyserait en une constitution d'usufruit à titre onéreux. On devrait ajouter que la nature juridique du régime dotal se résout dans une juxtaposition de droits réels ou, si l'on préfère, dans un démembrement de la propriété de la femme. Mais, en dépit

(74) Comp. sur la notion d'acte d'administration, Bonnecase, *Supplément au Traité de Baudry-Lacantinerie*, III, nos 336 et suiv.

de quelques dissidences ouvertes⁽⁷⁵⁾ et d'une hésitation répandue⁽⁷⁶⁾, les auteurs refusent de voir dans l'usufruit marital un droit réel, sans se demander, d'ailleurs, si un usufruit qui ne serait pas un droit réel est quelque chose de concevable dans la technique juridique actuelle.

La loi ne qualifie nulle part le mari usufruitier. L'article 1562 se borne à dire qu'il est tenu de toutes les obligations de l'usufruitier, ce qui est bien différent, puisque le même langage est employé par l'article 1580 à propos du mari qui jouit des paraphernaux, situation où personne ne reconnaît cependant l'existence d'un usufruit. L'article 1549, qui est fondamental, se garde bien d'affirmer que le mari a l'usufruit de la dot; il détaille seulement ses pouvoirs : « Le mari seul a l'administration des biens dotaux pendant le mariage. — *Il a seul le droit d'en poursuivre les débiteurs et détenteurs, d'en percevoir les fruits et les intérêts*, et de recevoir le remboursement des capitaux. » L'interprète est donc absolument libre pour édifier une construction juridique rendant raison des textes du Code. Or, selon nous, l'idée d'usufruit marital doit être résolument écartée; c'est une attitude plus scientifique que de faire des amputations ou des adjonctions à la notion légale d'usufruit, au point de rendre celle-ci méconnaissable.

Si l'on s'est livré à une assimilation boiteuse entre le régime dotal et l'usufruit, c'est faute d'avoir approfondi la réalité sociale que les deux institutions recouvrent. L'usu-

(75) Tessier, *Traité de la dot*, I, n° 111, note 910; Marcadé, VI, sur l'article 1549.

(76) Cette hésitation apparaît à l'occasion d'une question particulière : les créanciers chirographaires de la femme, antérieurs au mariage, peuvent-ils saisir la pleine propriété des biens dotaux, sans égard pour la jouissance maritale ? La plupart des Exégètes veulent obliger les créanciers à respecter cette jouissance, en disant qu'il y a là une sorte de droit réel (V. sur ce point, Lyon-Caen, note au S., 1879. 2. 65, et les références), et leur opinion se trouve admise dans l'arrêt de Monclar (Cass. req., 6 juin 1849, S., 49. 1. 481).

fruit et la nue propriété coexistent sur la même chose sans qu'il en naisse la moindre communauté d'intérêts, car ce sont deux droits de nature différente, et même deux droits rivaux. Qu'on le veuille ou non, l'usufruitier est l'ennemi du nu propriétaire. Le nu propriétaire ne peut que souhaiter une prompte mort à l'usufruitier; celui-ci vise à épuiser le fonds pour enfler les revenus. Il n'y a entre eux que des rapports de méfiance et de tiraillements : de méfiance, ainsi qu'il appert de toutes les précautions prises par la loi à l'encontre de l'usufruitier (caution, etc.); de tiraillements, l'usufruitier n'étant pas intéressé aux améliorations, ni le propriétaire aux grosses réparations. Quand on lit le titre : de l'Usufruit, cet antagonisme éclate partout. Sans doute n'est-on plus en présence de droits réels purs et simples. Les progrès du Droit y ont superposé des obligations, mais des obligations *propter rem*, auxquelles le déguerpissement, avec sa portée brutale, permet d'échapper (77). L'usufruitier et le nu propriétaire peuvent se retrancher chacun dans son droit respectif; la situation juridique engendrée par l'usufruit manque essentiellement de cette impulsion active que requiert le fonctionnement de l'organisme familial. C'est une situation intrinsèquement anormale, à laquelle la loi s'efforce de mettre fin le plus rapidement possible. Le législateur aurait été bien inconséquent en établissant sur cette base les rapports pécuniaires des époux. Aucun texte ne nous oblige à croire à cette inconséquence. Il y a dès lors une véritable impossibilité juridique à rendre compte par la notion d'usufruit d'un régime matrimonial quelconque, alors que le régime matrimonial, contre-partie du mariage, implique toujours confiance intime et collaboration. Confiance intime : le

(77) V. sur la notion d'obligation *propter rem*, Bonnecase, *Supplément au Traité de Baudry-Lacantinerie*, V n^{os} 153-209, spécialement pour l'usufruit, n^o 190.

mari dotal est dispensé de fournir caution (art. 1550); il n'est tenu de faire inventaire que sous des conditions beaucoup moins rigoureuses que celles de l'article 600⁽⁷⁸⁾; si les charges de l'usufruit lui incombent en principe (art. 1562), il ne peut s'y soustraire par l'abandon de son droit⁽⁷⁹⁾. Collaboration : contrairement à l'article 599, le mari peut demander récompense à la femme pour les améliorations du fonds dotal⁽⁸⁰⁾; contrairement à l'article 605, il doit exécuter les grosses réparations⁽⁸¹⁾. Il faut ajouter que l'usufruit revêt une allure aléatoire, qui se manifeste dans certaines règles légales telles que l'acquisition des fruits naturels ou industriels par la perception et l'absence d'indemnités pour frais de culture (art. 585). Or, l'existence d'un aléa est incompatible avec l'essence du régime matrimonial, qui exige, comme le mariage lui-même, la sécurité et la stabilité. Aussi la loi a-t-elle admis pour la dot des règles inverses (art. 1571)⁽⁸²⁾. Toutes ces différences de détail⁽⁸³⁾ supposent une différence de principe⁽⁸⁴⁾.

Si le mari n'est pas, selon nous, usufruitier des biens dotaux, cela ne veut pas dire que ces biens ne se trouvent pas soumis à un droit quelconque, et même à un droit

(78) Baudry-Lacantinerie, *Le Courtois et Surville*, III, n° 1646.

(79) L'article 1395 s'y opposerait; et, même en dehors de là, on n'imagine pas bien un déguerpissement en matière de régime matrimonial.

(80) Baudry-Lacantinerie, *Le Courtois et Surville*, III, n° 1645, et les références. — Cass. civ., 10 juin 1885 (S., 85. 1. 345; D., 86. 1. 205).

(81) Rodière et Pont, III, n° 1750.

(82) Comp. Baudry-Lacantinerie, *Le Courtois et Surville*, III, n° 1642.

(83) Acollas (*op. cit.*, III, p. 194-195) a catalogué ces différences sous forme de tableau synoptique.

(84) Quand la propriété des biens dotaux est acquise au mari par exception, en vertu des articles 1551 et 1552, une observation analogue pourrait être faite. La maxime : « Estimation vaut vente », à laquelle se réfère l'article 1551, est une simple image. Le régime dotal ne se ramène pas plus à une vente qu'à une constitution d'usufruit. La meilleure preuve en est que les règles de la vente ne s'appliqueront pas ici, notamment quant au privilège du vendeur ou à la rescision pour lésion (Baudry-Lacantinerie, *Le Courtois et Surville*, III, nos 1611 et suiv.).

dont la nature est voisine de celle de l'usufruit. Pour faire ressortir que l'usufruit marital a des caractères spéciaux, les partisans de la théorie classique se plaisent à parler de « jouissance ». Cette dénomination paraît, en effet, avoir un sens plus large que le terme « usufruit », ainsi qu'il résulte de l'article 543 : « On peut avoir sur les biens ou un droit de propriété, ou un simple *droit de jouissance*, ou seulement des services fonciers à prétendre. » Il existerait donc des droits de jouissance autres que l'usufruit; on songe à l'usage et à l'habitation, mais la loi appelle encore jouissance le droit du père sur les biens des enfants mineurs (art. 384). Il est naturel qu'on ait lancé le mot de « jouissance » à propos du droit du mari sur les biens dotaux. D'après nous, ce mot a quelque chose d'exact en l'espèce. *Seulement la clef de sa signification doit être cherchée dans les dispositions du Code relatives au contrat de société.* Dans ces dispositions, il est fait à maintes reprises allusion à des biens qui entrent en société *pour la jouissance* (art. 1837-2°, 1838, 1851). Au reste, c'est un point bien connu qu'à côté des apports en propriété, il peut y avoir des apports en jouissance. La société personnifiée devient-elle usufruitière des apports, et faut-il appliquer à ses relations avec l'associé apporteur toute la réglementation de l'usufruit ? Les auteurs admettent l'affirmative, au moins en certains cas : l'apport en jouissance engendrerait, suivant l'intention des parties, soit un droit personnel de jouissance analogue au bail, soit un droit réel d'usufruit⁽⁸⁵⁾. Cela est-il bien exact ? La loi parle de jouissance, et non pas d'usufruit. Un tel langage doit avoir un sens. Qu'une société puisse acquérir un usufruit, ce n'est pas niable. L'article 649 prévoit expressément l'hypo-

(85) Troplong, *Société*, II, n° 538; Lyon-Caen et Renault, *Traité*, II, nos 27-28; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Société*, nos 167-170; Houpin et Bosvieux, 6^e éd., I, nos 98-100.

thèse, mais précisément, il dispose que cet usufruit ne peut durer plus de trente ans. Or, la jouissance qui a fait l'objet d'un apport, loin d'être limitée dans sa durée, ne peut être reprise avant la dissolution de la société. C'est une différence essentielle, qui suffit à séparer de l'usufruit le droit de jouissance de la personne morale sur les apports. On entrevoit maintenant notre solution. Les biens dotaux entrent dans la société conjugale pour la jouissance. Le mari semble exercer ce droit de jouissance pour son propre compte. Ce n'est qu'une apparence, résultant de la difficulté déjà signalée de distinguer le patrimoine marital du patrimoine social, à raison des pouvoirs très étendus du mari ⁽⁸⁶⁾. En réalité, c'est la société conjugale qui est titulaire d'un droit sur les biens dotaux, et ce droit ne constitue pas, d'ailleurs, un usufruit égoïste, mais une jouissance sociale sur des apports. Aussi s'explique-t-on qu'il y ait lieu à une réglementation très différente de celle de l'usufruit. C'est ainsi que, loin de reposer sur la tête du mari avec le caractère viager essentiel à l'usufruit, cette jouissance ne survit pas à la dissolution de la société conjugale ⁽⁸⁷⁾. C'est ainsi qu'à l'encontre de la notion d'usufruit, qui unit *usus* et *fructus*, l'article 1549 accorde au mari seul la perception des fruits, mais non pas l'usage exclusif de la chose, parce qu'il faut concilier avec la nature du droit de jouissance la règle de l'article 1859-2° : « Chaque associé peut se servir des choses appartenant à la société, pourvu qu'il les emploie à leur destination fixée par l'usage, et qu'il ne s'en serve pas contre l'intérêt

(86) Pouvoirs beaucoup plus étendus, du reste, que ceux de l'usufruitier, notamment quant à l'exercice des actions pétitoires (opp. art. 614) et à l'aliénation des meubles dotaux.

(87) On pourrait répondre, il est vrai, qu'il s'agit là d'un usufruit à terme incertain, valable dans les limites de la vie de l'usufruitier, et pouvant prendre fin avant le terme par suite d'une déchéance pour abus de jouissance, prononcée sous la forme de la séparation de biens. Mais on sent combien un tel rapprochement serait artificiel.

de la société, ou de manière à empêcher ses associés d'en user selon leur droit. » C'est ainsi, surtout, que l'on n'a guère hésité à admettre (sans texte, cela est caractéristique)⁽⁸⁸⁾ que le droit de jouissance est incessible et insaisissable entre les mains du mari⁽⁸⁹⁾, parce que ce droit, on l'a senti confusément, n'est pas dans le patrimoine marital, mais bien dans le patrimoine d'une personne morale.

A s'en tenir à des vues superficielles, la solution énoncée ne s'éloignerait pas beaucoup, en somme, d'une opinion que vient d'exprimer M. Géný. Etudiant la condition des apports en immeubles aux associations déclarées et non reconnues d'utilité publique, M. Géný remarque que ces apports peuvent se faire, soit par transfert de propriété, soit, ce qui répond mieux à l'intention des intéressés, sans abandon de propriété, par simple *affectation* des biens apportés au but de l'association. Il est ainsi conduit à comparer successivement cette dernière modalité à l'apport en société⁽⁹⁰⁾, puis à l'apport en mariage. « L'apport en

(88) Laurent, seul logique avec lui-même, n'a pas manqué de protester (XXIII, nos 483-484) : « Tout droit peut être cédé, à moins que la loi ne le déclare incessible. » (Art. 595 et 1717.)

(89) Le droit de jouissance du père sur les biens des enfants mineurs est également déclaré incessible et insaisissable. Serait-ce qu'il appartient non pas au père, mais à une personne morale ? Sans déborder sur un terrain qui n'est pas le nôtre, nous pensons que l'affirmative contiendrait une part de vérité. La jouissance légale du père, dont le caractère archaïque est souvent mis en relief, est une survivance de l'époque où la famille tout entière, dotée d'une cohésion disparue depuis, ne formait qu'une seule société. Elle est historiquement dans les mêmes rapports avec la puissance paternelle que l'usufruit du mari dotal avec le mariage (Comp. la citation d'Thering, p. 138, note 1). Rationnellement, aujourd'hui encore, l'idée d'apport en société n'en est peut-être pas absente. Des auteurs à tendances philosophiques étudient (sans grande netteté, il est vrai) la « société paternelle » à côté de la société conjugale (Boistel, *Le droit dans la famille*, p. 83 et 110; Clemente de Diego, *Instituciones de derecho civil español*, II).

(90) Il s'agit de l'apport en pleine propriété, dont M. Géný note qu'« il n'est pas en soi et immédiatement une mutation directe de propriété » (*loc. cit.*, p. 660). Cela est surtout vrai au point de vue fiscal, mais l'étude de M. Géný se place en grande partie à ce point de vue.

mariage, déclare M. Géný dans des développements qu'il est indispensable de reproduire, se rapproche d'autant mieux de l'apport à association qu'en ce qui concerne les rapports pécuniaires entre les époux, le mariage entraîne, naturellement, une véritable association, que traduisent *in concreto*, de façon quelque peu différente, les divers régimes matrimoniaux de biens. En effet, — si l'on met à part la séparation de biens... — sous tous les régimes matrimoniaux dignes de ce nom, nous rencontrons une union plus ou moins complète des intérêts pécuniaires des époux. Quand cette union ne se traduit pas dans la fusion proprement dite, que produit la mise en communauté, elle se manifeste en ce que *chaque époux, conservant la propriété de ses biens personnels, les affecte au but de l'association conjugale (représentée par le mari), qui en aura l'usage et la jouissance*, pourra même profiter de leur valeur en capital, en encaissant le prix de leur aliénation éventuelle régulièrement consentie, sauf à en rester responsable envers l'époux propriétaire à titre de reprise en nature ou en valeur. Tel est l'apport en mariage proprement dit, que l'on rencontre plus ou moins important dans tous les vrais régimes matrimoniaux, régime de communauté, régime de non-communauté, *régime dotal*, et qui, d'après les habitudes françaises, peu favorables à une mise en communauté, constitue ce qu'on peut appeler le Droit commun matrimonial pour les ménages français régis par un contrat exprès de mariage. — Or, ces apports en mariage se rapprochent assez notablement des apports à association. Ils tendent à affecter les biens, qui en sont l'objet, au but de l'association conjugale, qui, elle-même, réalise, matériellement et pécuniairement, les fins du mariage. Les biens apportés en mariage conservent cette affectation, tant que dure le mariage ou du moins l'association conjugale qui l'accompagne naturellement. En même temps, ils restent la propriété de l'époux apporteur,

qui conserve sur eux ses pouvoirs de disposition, sauf à transporter sur les valeurs ou biens à eux subrogés réellement, la même condition d'apports »⁽⁹¹⁾.

Le parallèle ainsi dressé entre le régime dotal (ainsi que d'autres régimes matrimoniaux) et l'association déclarée encourt le grave reproche de donner une sorte de précision technique à cette notion d'association conjugale qui n'était jusque-là guère plus qu'une image littéraire injustifiée. Pourquoi *a priori* rapprocher l'apport en mariage de l'apport à association plutôt que de l'apport en société? On peut d'autant plus s'en étonner que la mise en œuvre technique du contrat d'association présente, dans notre Droit positif, une imperfection et une précarité, dont ne s'accommodent pas les régimes matrimoniaux. La preuve de cette précarité réside dans les efforts mêmes que déploie M. Gény pour assurer la validité des apports d'immeubles aux associations déclarées. Finalement, aussi bien pour expliquer l'apport en mariage que pour légitimer l'apport en association, M. Gény avance la notion d'affectation. Seulement, si cette notion un peu vague nous fait connaître le résultat de l'opération, elle ne nous indique pas le moyen technique de la réaliser. « Ne suffit-il pas, objecte le savant auteur, de reconnaître, sans leur apposer aucune estampille prédéterminée, les effets de droit réellement voulus par l'apporteur? », et il ajoute que le nombre des droits réels n'est pas limité par la loi. Cette dernière proposition est exacte⁽⁹²⁾. Mais, en ce qui concerne les apports en mariage, spécialement sous le régime dotal, il n'est pas besoin de créer une catégorie juridique nouvelle. On est simplement en présence du droit réel qui appartient à toute société sur les apports en jouissance, droit suffisamment distinct de l'usufruit pour que le Code ne l'ait pas appelé de ce nom.

(91) Gény, *Les apports en immeubles aux associations déclarées et non reconnues d'utilité publique* (Revue trimestrielle, 1930), n° 13, p. 674 et suiv.

(92) V. sur ce point, Bonnecase, *Supplément au Traité de Baudry-Lacantinerie*, V, n°s 97 et suiv.

SECTION II

SOLUTION PROPOSÉE SUR LE PROBLÈME DE LA NATURE JURIDIQUE
DU RÉGIME DOTAL, ABSTRACTION FAITE DE L'INALIÉNABILITÉ
DOTALE

§ 1. — *La structure du régime dotal, abstraction faite de l'inaliénabilité dotale, dans ses rapports avec les notions de société et de personnalité morale.*

Le terrain ayant été considérablement déblayé tant par les observations de la section précédente que par les développements antérieurs touchant le régime de séparation de biens, il est maintenant très facile d'énoncer et de justifier les deux propositions fondamentales qui résument notre solution :

- 1° Le régime dotal constitue une société civile;
- 2° Le régime dotal constitue une société civile dotée d'une personnalité morale restreinte.

I. — Première proposition : Le régime dotal constitue une société civile.

Il suffit de constater que tous les éléments constitutifs de la société se rencontrent dans le régime dotal, les éléments généraux des contrats étant une fois de plus réservés.

A. — PREMIER ELEMENT : UN APPORT DE CHAQUE ASSOCIÉ

Pour connaître l'apport de la femme, il faut se référer à l'article 1540 et à la notion de dot. La dot est l'apport de la femme, avec cette précision que c'est en principe un apport en jouissance⁽⁹³⁾. La jouissance des biens dotaux

(93) Constituent, par exception, des apports en propriété : 1° les choses consommables par le premier usage (Cass. civ., 22 mars 1882, S., 82. 1. 241; D., 82. 1. 337); 2° les choses destinées à être vendues (Orléans, 11 janv.

constitue donc seule, au fond, la dot au sens de l'article 1540⁽⁹⁴⁾. Cependant, en pratique, on englobe sous le nom de dot la pleine propriété de ces biens; et cela se comprend⁽⁹⁵⁾, car on verra que leur nue propriété (si l'on peut dire), frappée par la dotalité, est soumise, elle aussi, à une condition juridique qui s'apparente avec la notion de société conjugale. Quoi qu'il en soit, l'étendue de l'apport de la femme est variable et délimitée par la détermination des biens dotaux. « Tout ce que la femme se constitue ou qui lui est donné en contrat de mariage est dotal, s'il n'y a stipulation contraire. » (art. 1541). Quand il s'agit de biens donnés à la future dans le contrat, l'opération se dédouble à l'analyse⁽⁹⁶⁾ : il y a une donation, dont un tiers gratifie la femme, puis un apport fait par la femme à la société conjugale⁽⁹⁷⁾. L'apport de l'épouse aura souvent une importance considérable, puisqu'il peut embrasser tout le patrimoine au cas de dotalité universelle. Article 1542 : « La constitution de dot peut frapper tous les biens présents et à venir de la femme, ou tous ses biens présents seulement, ou une partie de ses biens présents et à venir, ou même un objet individuel. » Dans les deux premières hypothèses indiquées par le texte, se trouve réalisé, tout au moins du côté de la femme et

1883, S., 84. 2. 188); 3° les biens livrés au mari sur estimation, dans tous les cas s'il s'agit de meubles (art. 1531), dans le cas où les parties l'ont déclaré expressément s'il s'agit d'immeubles (art. 1532). — Remarquons que, pour expliquer ces solutions, les auteurs (V. par ex. Planiol, *Traité élémentaire*, III, n° 1505) font appel à toute sorte de notions étrangères au problème, comme l'idée de quasi-usufruit ou la formule : « Estimation vaut vente », alors que l'on est en présence de l'application pure et simple d'une règle des sociétés : l'article 1831.

(94) Comp. Toullier, XIV., n° 36.

(95) Comp. Taulier, V, p. 227.

(96) Comp. Planiol, *Traité élémentaire*, III, nos 869 et 885.

(97) Le langage de la pratique notariale porte l'empreinte de la notion de société conjugale, et la Cour de cassation a eu à juger qu'une *clause d'apport*, précédée d'une adoption expresse du régime dotal, rend les biens apportés dotaux (Req., 16 août 1843, S., 43. 1. 764).

par transposition sur le plan de la jouissance, un élément constitutif de la société universelle prévue par l'article 1837. Antérieurement à la loi du 13 juillet 1907, on pouvait même affirmer, en se modelant sur l'article 1838, que la société conjugale renfermait, dans ces hypothèses, tout ce que l'épouse acquerrait par son industrie, à quelque titre que ce fût, pendant le cours de la société, car, d'après l'opinion dominante, les produits du travail de la femme étaient alors dotaux⁽⁹⁸⁾. Si, depuis 1907, la solution inverse doit être reçue⁽⁹⁹⁾, la femme dotale n'en continue pas moins à faire un apport en industrie dans quelques cas : lorsqu'elle travaille en commun avec son mari (art. 1^{er} de la loi de 1907) sous le régime de dotalité universelle, et aussi lorsqu'elle donne ses soins au ménage.

L'apport du mari ne se détache pas bien à première vue. Son existence est pourtant sûre. Si l'article 1840 n'est pas parfaitement explicite à cet égard, il n'en est pas de même de la définition classique de la dot, telle qu'elle est énoncée, par exemple, chez Aubry et Rau : « La dot, dans le sens propre de ce mot, est le bien que la femme apporte au mari, soit en propriété, soit en jouissance seulement, pour lui *aider* à supporter les charges du mariage. »⁽¹⁰⁰⁾ Quand les revenus dotaux sont insuffisants pour subvenir à ces charges, il faut bien que le mari paie le complément sur ses propres ressources. C'est la conséquence de l'obligation légale qui lui incombe de fournir à la femme tout ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie (art. 214), comme aussi de pourvoir avec elle à l'éducation des enfants communs (art. 203). L'apport du mari se détermine donc

(98) En ce sens : Aubry et Rau, VIII, § 334; Guillouard, IV, nos 1726-1727; Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, III, n° 1370; Riom, 23 mars 1881 (S., 86. 1. 23). Comp. l'arrêt Brun, Cass. civ., 13 févr. 1884, S., 86. 1. 23, note Chavegrin; D., 84. 1. 325). — *Contra* Demolombe, IV, n° 315.

(99) En ce sens, Margat, *La femme mariée commerçante et le régime du libre salaire*, p. 173.

(100) Aubry et Rau, VII, § 500.

selon les besoins variables du ménage. Très souvent, il englobera tous les revenus de l'époux, de sorte que, si l'on suppose du chef de la femme une constitution de tous biens présents et à venir, il existera entre les conjoints une société universelle limitée à la jouissance. Sans doute peut-il arriver que les biens dotaux produisent des revenus supérieurs aux charges du mariage. Dans ce cas, il semble que le mari n'apporte plus rien, mais la réalité est différente. On n'exige pas que les apports de deux associés soient de même nature⁽¹⁰¹⁾. Comme dans une hypothèse analogue du régime de séparation de biens, l'époux fait, au fond, un apport en crédit : du fait des obligations légales qui pèsent sur lui, tous ses biens, dès le jour du mariage, sont virtuellement engagés dans la société conjugale, et ils devront y être effectivement apportés au cas d'insuffisance des revenus dotaux⁽¹⁰²⁾.

B. — DEUXIEME ELEMENT : UN OBJECTIF CONSISTANT
DANS LA REALISATION ET LE PARTAGE DE BENEFICES

On sait désormais quelle est la compréhension de la notion de bénéfice. Sous l'expression de partage des bénéfices, nous entendons toute participation à des avantages

(101) Comp. Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Société*, n° 133.

(102) On verra que c'est cette constatation qui a inspiré la Cour de Toulouse, puis la Cour suprême dans la célèbre affaire Jau, relative à l'action paulienne en matière de constitution de dot faite au mari (S., 87. 1. 97).

La même inspiration se retrouve dans une hypothèse plus curieuse : la loi du 28 février 1872 ayant frappé d'un droit d'enregistrement les apports en mariage (en même temps, du reste, que les apports à sociétés), la Régie prétendit taxer, non pas seulement ce que les futurs se constituaient expressément par le contrat, mais, quel que fût le régime adopté, l'intégralité de la fortune personnelle préexistante de chacun d'eux (Solution du 13 janvier 1874, D., 74. 3. 31). Cette prétention, d'abord accueillie par quelques tribunaux (D., 1874. 5. 193-120), fut finalement condamnée (Trib. civ. Seine, 9 janv. 1875, D., 76. 3. 15). Elle n'était que l'exagération fiscale du point de vue exposé au texte : à savoir que, sous tous les régimes, tant du côté du mari que du côté de la femme, les biens qui ne sont apportés à la société conjugale ni en propriété ni en jouissance, n'en sont pas moins mis virtuellement à sa disposition.

économiques poursuivis en commun. Or ce deuxième élément constitutif de la société existe certainement dans le régime dotal. Le régime dotal, de même que le régime de séparation de biens, engendre pour les époux des bénéfices d'ordre à la fois négatif et positif.

a) LES BÉNÉFICES NORMAUX RÉSULTANT DU RÉGIME DOTAL.

Ces bénéfices normaux se ramènent essentiellement à l'idée de perte évitée. Ce sont ceux que Cujas avait en vue, à l'égard de la femme, quand il parlait de l'*emolumentum dotis*. Assurance, économie, les deux points sont à reprendre.

Assurance. — La division des risques constitue en soi un bénéfice. Mais existe-t-il des risques sous le régime dotal ? Pour le mari, cela est évident, puisque les obligations légales des articles 203, 212 et 214 pourront absorber toutes ses ressources. Pour la femme, les apparences sont plutôt contraires : il semble que l'inaliénabilité dotale conserve sa fortune à l'abri des pertes. Seulement cela n'est pas exact des pertes inhérentes au mariage et à la procréation. Si les ressources du mari, grossies des revenus dotaux, tombent au-dessous des besoins du ménage la femme sera obligée de fournir le complément sur les parapher-naux⁽¹⁰³⁾ et même, en dernier recours, le fonds dotal devra périr (art. 1588, 3^e al.). Des deux côtés, il y a donc un risque, et en réunissant leurs patrimoines pour le cou-rir, les époux se procurent un avantage économique appréciable.

Economie. — Il suffit de rappeler ici que, par suite de la communauté de ménage, les conjoints trouvent dans la

(103) Comp. Req., 2 juill. 1851, S., 51. 1: 509. — V. cependant, chez Rodière et Pont (III, n° 1992), une opinion singulière, selon laquelle les risques, en vertu d'un forfait accepté dans le contrat de mariage, retomberaient sur le mari seul.

société conjugale une meilleure utilisation de leurs dépenses, c'est-à-dire un bénéfice.

b) LES BÉNÉFICES EXCEPTIONNELS RÉSULTANT DU RÉGIME DOTAL.

Sous réserve de la présomption mucienne, envisagée avec la portée réduite que lui a laissée le Droit commercial, les avantages en propriété, dont est susceptible le régime de séparation de biens, ne sont guère concevables sous le régime dotal, parce que le mari y est tenu de dresser inventaire des biens dotaux ⁽¹⁰⁴⁾. La notion d'avantage matrimonial, forme exceptionnelle de la notion de bénéfice, se retrouve cependant sous l'aspect d'avantages en revenus. Si les revenus dotaux excèdent les besoins du ménage, le superflu appartient au mari ⁽¹⁰⁵⁾. Celui-ci peut donc avoir, en entrant dans la société conjugale, l'espérance de réaliser un gain positif ⁽¹⁰⁶⁾.

Le critérium tiré de la notion de bénéfice nous amène, ainsi, à conclure que l'expression d'association conjugale ne traduit pas plus la nature juridique du régime dotal que celle du régime de séparation de biens.

(104) Toutefois, l'omission de l'inventaire peut, en fait, aboutir à procurer un enrichissement au mari, les reprises de la femme se trouvant alors paralysées par la difficulté de la preuve (V. sur la preuve exigée pour les reprises de l'épouse dotale, Cass. civ., 28 oct. 1908, D., 1909. 1. 469, note de M. Capitant).

(105) Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, III, n° 1573, 3^e question.

(106) Ne faut-il pas ajouter à la liste des avantages matrimoniaux les droits de viduité de la femme dotale (art. 1570) ? Le droit aux habits de deuil est certainement, sous tous les régimes, une charge de la succession du mari : c'est — selon une distinction qui sera ultérieurement éclaircie — un avantage successoral et non un avantage matrimonial. Au contraire, le droit à l'habitation et, plus nettement encore, le droit aux aliments semblent bien constituer des avantages matrimoniaux d'origine légale. On les présente, pourtant, sous le régime dotal, comme des charges de la succession (Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, III, n° 1930; Planiol, Ripert et Nast, II, n° 1242), parce qu'il n'existe pas, sous ce régime, de fonds commun sur lequel on puisse les faire porter : c'est une conséquence de l'idée, que nous retrouverons plus tard, suivant laquelle l'avantage matrimonial ne pourrait affecter un bien propre.

C. — TROISIEME ELEMENT : L' « AFFECTIO SOCIETATIS »

Il suffit ici de renvoyer aux développements du chapitre précédent, sans oublier que la volonté de courir en commun certains risques existe chez la femme dotale. A tort on s'imagine que celle-ci n'est pas intéressée à la prospérité ou à la ruine du ménage. En réalité, elle assume, malgré l'inaliénabilité, des risques très graves, portant non seulement sur les revenus dotaux, qui sont proprement sa mise sociale, mais sur le capital même de la dot. Et cette acceptation des risques, nous le savons, est justement le signe diacritique de l'*affectio societatis*.

Nous avons écarté l'exigence d'un fonds commun en tant qu'élément constitutif de la société. Il faut remarquer que le régime dotal présente, à ce point de vue, une supériorité technique sur la séparation de biens : l'apport de la femme — la jouissance des biens dotaux — se détache nettement de son patrimoine personnel, et il est soumis à une condition juridique unitaire et autonome. Lorsque le mari ne fait, de son côté, aucun apport matériel, on peut même dire que la société conjugale comporte un fonds social.

Notre première proposition se trouve donc justifiée : le régime dotal constitue une société; société civile, puisque son objet est de pourvoir aux charges du mariage; société universelle ou particulière selon l'étendue des apports en jouissance; en aucun cas, ce n'est une association.

II. — Deuxième proposition : Le régime dotal constitue une société civile dotée d'une personnalité morale restreinte.

Comme sous le régime de séparation de biens, il existe sous le régime dotal un intérêt collectif, l'*intérêt du mé-*

nage, qui aspire à se personnifier. Mieux encore que sous le régime de séparation de biens, on y trouve, chez les époux, la conscience réelle ou supposée de cet intérêt collectif, et on y constate l'existence d'un organisme destiné à concentrer les efforts des associés sur la réalisation du but poursuivi. Le mari, gérant de la société conjugale, est l'organe de la personne morale, non pas parce qu'il a l'administration des biens dotaux (art. 1549) — les pouvoirs de cette catégorie n'intéressent que le capital de la dot et, d'ailleurs, d'après une jurisprudence vainement critiquée ⁽¹⁰⁷⁾, peuvent être confiés à la femme par le contrat de mariage — mais parce que c'est lui qui, en principe, centralise les revenus dotaux et une portion de ses propres ressources pour les appliquer aux charges du ménage. Cependant, l'épouse peut être considérée comme l'organe secondaire du ménage personnifié, en ce sens qu'elle exerce une branche de la gestion : les actes domestiques. Il est question de mandat tacite sous le régime dotal comme ailleurs ⁽¹⁰⁸⁾, mais l'on sait que cette idée dissimule la représentation de la société conjugale par la femme.

Nous nous sommes déjà expliqué, au chapitre précédent, sur les rapports des notions de personnalité morale et d'universalité juridique. Ici les difficultés semblent moindres : ne parle-t-on pas de patrimoine dotal ? Seulement il se trouve que cette expression concerne un autre point de vue : celui de la condition juridique de la dot sous l'angle de l'inaliénabilité. Ce que l'on appelle patrimoine dotal est quelque chose de distinct du patrimoine de la société civile constituée par le régime matrimonial. Il y a là une confusion à éviter; et à cet effet il sied de délimiter, au

(107) Cass. civ., 2 mars 1837, S., 37. 1. 193, et 17 févr. 1886, S., 86. 1. 161. — Voir en sens contraire : Troplong, I, n° 69; Marcadé, V, sur les art. 1387-1389, n° 6; Aubry et Rau, VIII, § 535, texte et note 16; Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, III, n° 1639.

(108) Cass. civ., 7 juill. 1896, D., 98. 1. 22.

moins intellectuellement, l'actif et le passif de ce type de société conjugale : l'actif comprend les apports précédemment énumérés; le passif, plus fourni que sous le régime de séparation de biens, englobe, outre les charges du mariage, les charges usufruituaires des biens que la femme apporte en jouissance et les intérêts de ses dettes au cas de dotalité universelle. Comment est assuré le contact entre les deux éléments — actif et passif — du patrimoine social, c'est ce que nous allons examiner tout de suite.

§ 2. — *Le fonctionnement du régime dotal, abstraction faite de l'inaliénabilité dotale, dans ses rapports avec les notions de société et de personnalité morale.*

Comme dans le chapitre précédent, on peut condenser la question sur le mécanisme du passif. L'existence de certains privilèges généraux aboutit à écarter les créanciers personnels des conjoints, au profit des créanciers de la personne morale qu'est le ménage. Mais le jeu de ces privilèges est forcément imparfait et ici, en particulier, il présente de graves lacunes. En effet, à la différence de la séparation de biens, où les apports ne consistent qu'en deniers fongibles, le régime dotal confère à la société conjugale la jouissance permanente de meubles et d'immeubles de l'épouse, ce qui entraîne des dépenses et des dettes; or, ces dettes ne sont pas toujours, ni même ordinairement, privilégiées. D'autre part, une circonstance intervient souvent, que nous avons jusque-là négligée : il y a, si l'on peut dire, à côté du passif ménager direct, un passif ménager réfléchi; à côté des obligations contractées auprès des fournisseurs du ménage, des obligations résultant d'emprunts destinés à payer de telles fournitures; or les prêteurs, sous réserve d'une subrogation très rare (art. 1250-2°), ne bénéficient en ce cas d'aucun privilège. La personnalité du ménage postulait donc une organisation moins fragmentaire; il était nécessaire de

dégager une formule générale et abstraite, permettant d'assurer l'affectation de l'actif social aux créanciers sociaux. Les tribunaux se sont efforcés, dans la mesure du possible, d'atteindre ce résultat. Nous faisons allusion à la théorie jurisprudentielle touchant la condition juridique des revenus dotaux.

Cette théorie a fait l'objet d'une étude détaillée de M. Solus⁽¹⁰⁹⁾, à laquelle il convient de demander le principe d'une distinction très importante au point de vue de la nature juridique du régime dotal. Deux catégories d'arrêts doivent, en effet, être distinguées : l'une s'inspire directement de l'intérêt du ménage et de la société conjugale ; l'autre révèle la préoccupation immédiate de l'intérêt de la famille et vise à renforcer la conservation de la dot.

Ce sont uniquement les arrêts du premier groupe qui sont en relation avec la personnalité morale du régime matrimonial. Leur solution se résume dans la proposition suivante : Durant le mariage, les revenus dotaux ne sont aliénables, et ils ne sont saisissables de la part des créanciers qui ont traité avec le mari ou, depuis la séparation de biens, avec l'épouse *qu'après intégrale satisfaction des besoins du ménage*. Il est clair que cette solution a pour conséquence de réserver une portion considérable et, parfois, même la totalité de l'actif social à l'action exclusive des créanciers sociaux. Ainsi qu'on le voit, d'ailleurs, le système jurisprudentiel déborde du domaine propre du régime dotal, puisqu'il englobe la séparation de biens consécutive à ce régime. C'est même, chronologiquement, l'hypothèse de la séparation de biens qui a été l'occasion du développement de la théorie. En 1823 et 1827, la Chambre civile de la Cour suprême s'était prononcée, dans les arrêts Lacombe et Laignel, en faveur de la saisissabilité

(109) Solus, *De la condition des revenus dotaux* (Revue trimestrielle, 1920, p. 5-38).

complète des revenus dotaux ⁽¹¹⁰⁾, mais sa doctrine s'était heurtée à une résistance des Cours d'appel. Cette résistance amena, en fin de compte, le revirement de la Cour de cassation dans l'arrêt Charpentier, rendu par la Chambre des requêtes le 26 février 1834 et dans l'arrêt Mourellon, rendu par la Chambre civile le 1^{er} décembre de la même année ⁽¹¹¹⁾. Statuant à l'encontre des créanciers de la femme dotale séparée de biens, l'arrêt Charpentier décide qu'est seul saisissable l'excédent des revenus dotaux sur les besoins du ménage, et il en donne une triple raison tirée : 1° de la destination spéciale de la dot; 2° de l'inaliénabilité dotale; 3° de cette considération que, si la saisie était ouverte sans limite, l'épouse pourrait être obligée de sacrifier le fonds dotal pour subvenir aux charges du mariage (art. 1558-3°). Dans les décisions postérieures, par exemple dans l'arrêt Ribard de 1839, et surtout dans l'arrêt Fouyeul de 1840 ⁽¹¹²⁾, on remarque que les deux raisons finales s'estompent et que l'affectation des revenus dotaux aux charges du mariage est mise en relief. En tout cas, la jurisprudence inaugurée en 1834 est aujourd'hui inébranlable : on la trouve consacrée, le 12 mars 1902, dans l'arrêt Peyraud ⁽¹¹³⁾ et, plus récemment, le 22 juin 1926, dans l'arrêt Courteix, lequel précise qu'il appartient aux époux de prouver les besoins du ménage ⁽¹¹⁴⁾.

(110) Arrêt Lacombe, Civ., 9 avril 1823, S., 23. 1. 331; dans le jugement contraire du Tribunal d'Albi, qui est à l'origine de l'affaire, on relève ce considérant très net : Attendu que les revenus de la dot sont affectés aux frais du ménage et à l'éducation des enfants. — Arrêt Laignel, Civ., 28 mars 1827, S., 27. 1. 299.

(111) Req., 26 févr. 1834, S., 34. 1. 176; D., 35. 1. 122; Civ., 1^{er} déc. 1834, D., 35. 1. 177.

(112) Arrêt Ribard, Civ., 3 juin 1839 (motifs), S., 39. 1. 583; Arrêt Fouyeul, Civ., 6 janv. 1840, S., 40. 1. 134.

(113) Civ., 12 mars 1902, S., 1907. 1. 491.

(114) Civ., 22 juin 1926, S., 26. 1. 343. On remarquera que l'arrêt Courteix est relatif au régime dotal, et non à la séparation de biens sous le régime dotal.

Quant aux arrêts de la seconde catégorie, ils proclament l'insaisissabilité *absolue* des revenus dotaux : soit, après la dissolution du mariage, à l'égard des créanciers dont le droit est né au cours du mariage ⁽¹¹⁵⁾, soit, après la séparation de biens, à l'égard de ceux qui sont devenus antérieurement créanciers de la femme ⁽¹¹⁶⁾. La notion de ménage, partant de société conjugale, ne se manifeste donc pas ici. Certaines cours d'appel avaient cherché à la faire apparaître, en permettant aux créanciers antérieurs à la séparation de biens la saisie du superflu des revenus dotaux ⁽¹¹⁷⁾. Mais cette tendance fut condamnée, le 7 juin 1864, par le célèbre arrêt Daullioules des Chambres réunies ⁽¹¹⁸⁾. En somme, la seconde partie de la théorie jurisprudentielle, visant à empêcher, dans l'intérêt de la femme et de ses héritiers, que la dot ne tombe au rang d'une valeur morte, se présente comme le complément ou, si l'on veut, l'aggravation de l'inaliénabilité dotale. On ne la cite là que pour mémoire, car elle se rattacherait plus logiquement au deuxième ordre de matières de ce chapitre.

A s'en tenir au premier groupe d'arrêts, il reste à l'expliquer rationnellement. La doctrine offre peu de secours : les auteurs, lors même qu'ils ne sont pas franchement hostiles au système jurisprudentiel ⁽¹¹⁹⁾, ne se préoccupent guère d'en approfondir les bases. Le mari, avance-t-on quelquefois, n'a la jouissance des biens dotaux que sous

(115) Civ., 26 août 1828, S., 29. 1. 30; Civ., 24 août 1836, S., 36. 1. 913; Paris, 28 août 1846, S., 47. 2. 162.

(116) Paris, 11 juin 1896, S., 96. 2. 261.

(117) Les décisions de ces cours d'appel, décisions échelonnées sur la période 1850-1860, allaient à l'encontre de la jurisprudence antérieure, telle que l'avait instaurée un arrêt de la Cour de cassation du 11 janvier 1831 (Requêtes), S., 31. 1. 3.

(118) Chambres réunies, 7 juin 1864, S., 64. 1. 201, note Dutruc; arrêt rendu sous la présidence de Troplong et contre son sentiment.

(119) V. dans le sens de l'hostilité déclarée : Troplong, IV, nos 3288 et suiv.; Laurent, XXII, n° 483; Planiol, *Traité élémentaire*, III, nos 1519 et 1630.

la condition de pourvoir aux charges du ménage, si bien qu'il ne peut, et que ses créanciers ne peuvent pas plus que lui, détourner les revenus de cette destination⁽¹²⁰⁾. Mais, dans le silence de la loi, l'intervention de la notion de jouissance conditionnelle est toujours arbitraire et, à l'égard de la femme séparée de biens, manifestement en défaut. Au fond, la grande explication de la jurisprudence, celle qu'invoquent expressément les arrêts les plus anciens, celle dont se contentent la plupart des auteurs, réside dans l'inaliénabilité dotale : l'inaliénabilité du fonds déteindrait en quelque sorte sur la condition des revenus. Or cela paraît très contestable. Si la théorie jurisprudentielle, dans sa partie considérée, n'était que la déduction de l'inaliénabilité dotale, elle serait en contradiction flagrante avec une autre jurisprudence bien connue, d'après laquelle le mari a la libre disposition de la dot mobilière⁽¹²¹⁾. Pourquoi prêter gratuitement aux tribunaux des vues incohérentes ? Selon nous, la condition des revenus dotaux n'est explicable que si l'on fait surgir la nature juridique du régime matrimonial. Les revenus dotaux ne sont, en réalité, ni dans le patrimoine du mari ni dans celui de la femme, mais dans le patrimoine d'une tierce personne : la société conjugale. Les créanciers personnels des époux ne peuvent donc saisir que l'excédent de ces revenus sur le passif social. Ce n'est pas une insaisissabilité créée ou étendue sans texte, mais l'application pure et simple du droit commun. La jurisprudence s'est emparée de l'inaliénabilité dotale pour colorer une solution imposée par la personnalité morale du ménage.

(120) Baudry-Lacantinerie, *Le Courtois et Surville*, III, nos 1690 et suiv. — C'est un très vieil argument : « *Fructus dotis habent conditionem tacitam, si onera matrimonii supportentur.* » (Fontanella, *De pactis nuptialibus*, claus. 6, glos. 2, pars 1, n° 3).

(121) V. par ex. l'arrêt Malinvaud, point de départ de la jurisprudence en la matière : Cass. civ., 1^{er} févr. 1819, S., 19. 1. 146.

Seulement, si l'on adopte notre point de vue, si l'on admet que ce n'est pas la dotalité qui est le fondement de la théorie, il n'y a plus aucune raison pour cantonner, dans le régime dotal et la séparation de biens consécutive, cette affectation de l'apport de la femme aux créanciers sociaux. Tous les régimes matrimoniaux peuvent, à égal titre, bénéficier de cette mise en œuvre technique de la notion de ménage. La jurisprudence n'est pas sans l'avoir compris, et cela montre combien elle est peu convaincue de la filiation établie entre l'inaliénabilité dotal et la condition des revenus dotaux. On a vu, dès 1820, la Cour de cassation décider par l'arrêt de Polard, à propos d'une hypothèse, il est vrai, toute particulière, que les revenus dont une femme commune en biens s'est réservé la jouissance, afin de pourvoir à son entretien personnel, ne peuvent être saisis pour des dettes étrangères à cette destination⁽¹²²⁾. On a vu, surtout, les tribunaux juger à plusieurs reprises que, lorsque la femme laisse le mari jouir des paraphernaux (art. 1578), les revenus de ces biens sont insaisissables à l'égard des créanciers personnels du mari⁽¹²³⁾; or, en pareil cas, l'inaliénabilité dotal est évidemment hors de cause. Il est donc permis d'affirmer que la théorie jurisprudentielle, tout en assurant efficacement le fonctionnement du régime dotal en tant que société civile dotée de personnalité morale, revêt en fait, ou est rationnellement susceptible de revêtir, une portée qui dépasse de beaucoup ce type de régime matrimonial.

(122) Cass. civ., 9 août 1820, S., 20. 1. 426.

(123) Grenoble, 21 févr. 1832, S., 33. 2. 28, D., 32. 2. 143; Agen, 14 mars 1833, S., 33. 2. 376, D., 33. 2. 116; Dijon, 21 avril 1869, S., 69. 2. 200, D., 74. 5. 104.

II

LA NATURE JURIDIQUE DE L'INALIENABILITE DOTALE ENVISAGEE EN ELLE-MEME

L'inaliénabilité dotale mérite des développements distincts, car, tout en achevant de donner au régime dotal sa physionomie propre, elle apparaît comme une pièce détachée susceptible de se greffer sur n'importe quel régime matrimonial. Une jurisprudence acquise admet, en effet, que le contrat de mariage peut frapper de dotalité les propres de la femme sous les régimes de communauté⁽¹²⁴⁾ et de séparation de biens⁽¹²⁵⁾. Or la nature juridique de la dotalité met en jeu, de la façon la plus nette, les notions de société, d'association et de personnalité morale.

SECTION PREMIERE

LA NATURE JURIDIQUE DE L'INALIÉNABILITÉ DOTALE DEVANT LA DOCTRINE ET LA JURISPRUDENCE

§ 1. — *Rappel de la controverse classique.*

La nature juridique de l'inaliénabilité dotale a donné lieu à une controverse bien connue, qui se résume dans l'alternative suivante : cette inaliénabilité tient-elle à une incapacité de la femme ou à une indisponibilité des biens

(124) Cass. civ., 24 août 1836, S., 36. 1. 943, D., 37. 1. 144; Req., 3 févr. 1879, S., 79. 1. 353, D., 79. 1. 246; Civ., 13 nov. 1893, S., 99. 1. 267, D., 96. 1. 14. — Depuis Marcadé et Troplong, cette jurisprudence n'a plus guère d'adversaires en doctrine.

(125) La séparation de biens avec inaliénabilité des paraphernaux présente, d'ailleurs, une structure identique au régime dotal avec administration des biens dotaux par la femme. Ce sont là deux catégories juridiques formelles. En tout cas, malgré les protestations doctrinales déjà signalées note 107, la combinaison est jugée valable (Cass. civ., 2 mars 1837, S., 37. 1. 193; Cass. civ., 17 févr. 1886, S., 86. 1. 161, avec une note désapprobative de M. Lyon-Caen).

dotaux⁹ Si l'on en croyait des auteurs tels que MM. Génv et Colin et Capitant⁽¹²⁶⁾, ici comme dans les controverses analogues sur la nature du dessaisissement en matière de faillite et sur celle de l'incapacité des enfants naturels à être gratifiés au delà de certaines limites (art. 908), il n'y aurait qu'une oiseuse question de mots : la dotalité formerait une institution juridique originale, qu'il serait inutile de rattacher à des constructions abstraites. Rien n'est plus regrettable que cette défiance à l'égard de la systématisation. Il y a à définir la nature juridique de la dotalité un intérêt scientifique primordial, qui rejaillit en intérêts pratiques sur la solution de divers problèmes de détail⁽¹²⁷⁾.

La théorie de l'incapacité semble triompher dans la doctrine moderne⁽¹²⁸⁾. S'appuyant sur le talent de Paul Gide, elle invoque la tradition : notre régime dotal resterait influencé par le sénatus-consulte Velléien. Il n'y a pas à discuter ici cet argument historique, pour la bonne raison que nous dénonçons à l'histoire toute autorité dans l'interprétation du Code civil. On fait intervenir, d'autre part, le texte de la loi du 10 juillet 1850, complétant l'article 1391 : ... si l'acte de célébration du mariage porte que les époux sont mariés sans contrat, la femme sera réputée, à l'égard des tiers, *capable* de contracter dans les termes du droit commun. Or, déclare-t-on, les précautions de la loi de 1850 sont dirigées uniquement contre le régime dotal. C'est la femme dotale qui est, à défaut de publicité,

(126) Génv, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2^e éd., I, n° 71; Colin et Capitant, III, p. 311.

(127) Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville (III, n° 1667) ne trouvent pas moins de six ou sept intérêts pratiques à la question; mais ils en citent quelques-uns de trop.

(128) Labbé, *Revue critique*, 1856, p. 5; Paul Gide, *Condition de la femme*, 2^e éd., p. 449 et suiv.; Colmet de Santerre sur Demante, VI, n° 232 bis; Guillaouard, IV, n° 1836; Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, III, nos 1666-1668; Planiol, *Traité élémentaire*, III, n° 1324; Planiol, Ripert et Nast, II, n° 1117; Josserand, *Cours de droit civil positif français*, III n° 379.

réputée capable de contracter dans les termes du droit commun; elle en est donc normalement incapable. Cette exégèse quintessencée n'a qu'un tort : elle prête au langage de la loi une portée qui en dépasse le but social⁽¹²⁹⁾. On ajoute que l'inaliénabilité dotale a pour objectif la protection de la femme. Mais toute la question est justement de savoir si ce n'est pas là un objectif accessoire et s'il n'est pas susceptible, en tout cas, d'être atteint au moyen d'une indisponibilité réelle aussi bien que d'une incapacité personnelle. L'argumentation suprême a peut-être été fournie par Planiol : « L'indisponibilité d'un bien, dit-il, ne peut jamais s'expliquer que par l'interdiction faite à son propriétaire de l'aliéner, c'est une incapacité frappant une personne... seules les personnes peuvent ou ne peuvent pas agir; leurs biens sont toujours le sujet *passif* de leurs actes; quand un *bien* ne peut pas être aliéné, c'est que son *propriétaire* ne peut pas en *disposer*. »⁽¹³⁰⁾. Là se reconnaît l'état d'esprit d'un auteur, qui a voulu rayer, en quelque sorte, la notion de droit réel, en la ramenant à celle d'obligation passivement universelle⁽¹³¹⁾. Le vice fondamental de la théorie de la dotalité-incapacité n'est pas ailleurs. Cette théorie ne parvient pas à détacher la dotalité de la personne de la femme; elle ne conçoit pas qu'une masse de biens peut être soumise en elle-même à un régime juridique particulier. Elle oublie, pour reprendre une objection adressée par M. Bonnecase à Planiol⁽¹³²⁾, qu'« il n'y a pas que des individus dans une société donnée, quelle qu'elle soit; il y a aussi des choses et une appropriation de ces choses ». Sans doute, le Droit ne prend-il les choses en

(129) Ainsi que le note Mongin (*Revue critique*, 1886, p. 189), rien dans les travaux préparatoires de la loi de 1830 ne laisse supposer que le terme « capable » ait été employé pour trancher le problème de la nature juridique de la dotalité.

(130) Planiol, *Traité élémentaire*, III, n° 1324.

(131) Planiol, *Traité élémentaire*, I, n° 2138 et suiv.

(132) Bonnecase, *Supplément au Traité de Baudry-Lacantinerie*, V, n° 29.

considération qu'en vue de l'intérêt des personnes, mais il ne peut faire abstraction du milieu physique où les personnes se meuvent. La matière des régimes matrimoniaux en est l'illustration : elle unit indissolublement ces deux aspects du Droit : les personnes et les biens.

La théorie de l'indisponibilité fut en vogue chez les premiers commentateurs⁽¹³³⁾, ce qui n'a rien d'étonnant, car elle dominait dans le dernier état de l'ancien Droit⁽¹³⁴⁾. Elle se systématisa grâce à Demolombe et à sa célèbre consultation dans l'affaire Rogue⁽¹³⁵⁾. Troplong la développa et l'accentua, en soutenant franchement que le fonds dotal était hors du commerce⁽¹³⁶⁾. Dans la seconde moitié du XIX^e siècle, au contraire, la théorie tomba dans un effacement progressif, que vint à peine rompre, en 1886, un plaidoyer mesuré de Mongin⁽¹³⁷⁾. Nous estimons que cet effacement est immérité. L'idée d'indisponibilité réelle, outre qu'elle est imposée par le texte fondamental de l'article 1554, peut seule rendre compte du fonctionnement de la dotalité, avec ce principe essentiel que les obligations de l'épouse sont valables, quoique non exécutoires sur les biens dotaux. D'autre part, la dotalité fait sentir ses effets non seulement à l'égard de la femme, mais à l'égard du

(133) Merlin, *Répertoire* (V^o Dot, § 8, n^o 5); Tessier, *Traité de la dot*, I, n^o 79; Seriziat, *Traité du régime dotal*, n^o 128; Bellot des Minières, *Régime dotal et communauté d'acquêts*, I, n^o 4.

(134) En ce sens, Brissaud, *Cours d'histoire générale du droit français*, II, p. 1691, note 2.

(135) L'affaire, jugée par la Cour de Caen le 26 juin 1835 (S., 35. 2. 564), roulait sur le point suivant : La constitution en dot de tous les biens présents et à venir est-elle sans effet sur les biens qui ne sont échus à la femme qu'après la dissolution du mariage? Les obligations par elle contractées pendant le mariage peuvent-elles être exécutées sur les biens qui lui sont échus depuis sa dissolution? L'affirmative, défendue par Demolombe (dont la consultation est résumée au *Sirey*, ainsi que dans la *Revue de législation*, 1835, p. 282), fut admise par la Cour de Caen.

(136) Troplong, IV, n^o 3312 et suiv.

(137) Mongin, *Revue critique*, 1886, p. 92 et 170. Comp. Eyquem, *Le régime dotal*, n^o 363.

mari et même des tiers détenteurs en voie d'usucapion : c'est donc qu'elle réside dans les biens dotaux et non dans la personne de la femme.

Entre les deux théories, quel choix a fait la jurisprudence? On la représente souvent comme ayant consacré la théorie de l'incapacité; mais les arrêts que l'on invoque ne sont pas probants ⁽¹³⁸⁾. A vrai dire, à s'en tenir aux deux questions principales qui mettent en jeu la nature juridique de la dotalité, on constate que les tribunaux ont adopté des solutions contradictoires : d'un côté, ils semblent avoir décidé, au moins implicitement, que la nullité sanctionnant l'inaliénabilité dotale était une nullité relative ⁽¹³⁹⁾, ce qui s'harmonise avec l'idée d'incapacité personnelle; d'un autre côté, ils ont nettement admis, en Droit international privé, que la dotalité rentrait dans le statut réel et non dans le statut personnel ⁽¹⁴⁰⁾, ce qui concorde avec l'idée d'indisponibilité. La jurisprudence n'est donc pas exempte d'incertitude. Toutefois, il est permis d'affirmer que, dans son dernier état, elle incline plutôt en faveur de l'indisponibilité ⁽¹⁴¹⁾. Sa pensée pro-

(138) En ce sens, Eyquem, *op. cit.*, nos 363 et suiv. — C'est ainsi que Planiol (*Traité élémentaire*, III, n° 1524) cite un arrêt de la Cour de cassation du 13 février 1884, l'arrêt Brun (S., 86. 1. 25; D., 84. 1. 325), comme une condamnation de la théorie de l'indisponibilité réelle. Or cet arrêt se borne à décider que la femme dotale ne peut, même avec le consentement de son mari, prendre aucun engagement sur les biens affectés de dotalité; et l'on ne voit pas en quoi une telle solution serait inconciliable avec l'idée d'indisponibilité.

(139) En ce sens, Cass. civ., 18 juill. 1859, D., 59. 1. 398; Pau, 16 janv. 1888, D., 89. 2. 112; Montpellier, 29 nov. 1897, D., 99. 1. 353; Cass. req., 13 avril 1893, S., 93. 1. 218, D., 94. 1. 407. — Il est bon de noter que Troplong, tout en déclarant le fonds dotal hors du commerce, se prononçait, non sans inconséquence, pour la nullité relative de l'aliénation (IV, n° 3316).

(140) Nous retrouverons ce point dans la seconde partie.

(141) En effet, la position prise par la Cour de cassation dans la fameuse question de « l'incapacité contractuelle » (V. là-dessus Planiol, *Traité élémentaire*, III, n° 798) est absolument incompatible avec la théorie de la dotalité-incapacité (Cass. civ., 22 déc. 1879, S., 80. 1. 123, D.,

fonde, touchant la nature juridique de l'inaliénabilité dotale, ne doit pas, du reste, être cherchée là, mais bien dans une série parallèle de décisions, par laquelle elle a visé à organiser la dotalité en fonction des intérêts de la famille, ce qui a eu pour résultat de faire passer au second plan le but de protection de la femme et, du même coup, de ruiner davantage la théorie de l'incapacité. On est ainsi conduit à l'examen d'une troisième théorie, qui s'attache en particulier à rendre raison de ces tendances jurisprudentielles.

§ 2. — *Théorie de M. Martin.*

Cette théorie prétend rester à mi-chemin entre l'incapacité et l'indisponibilité. En réalité, encore que son auteur s'en défende, elle est beaucoup plus près de celle-ci que de celle-là. M. Martin a exposé sa pensée, dès 1892, dans un mémoire sur *Les actions dotales*; depuis lors, il l'a précisée, et peut-être subtilisée, dans ses notes sur la cinquième édition d'Aubry et Rau⁽¹⁴²⁾.

M. Martin commence par distinguer, et cela est capital à notre point de vue, les intérêts du ménage et ceux de la famille : « Derrière les intérêts temporaires du ménage, auxquels vient de donner satisfaction, sous tous les régimes, le système de l'administration du mari, il y a les intérêts permanents de la famille. Les intérêts du ménage et ceux de la famille ne se confondent pas. Les uns concernent la société conjugale et les personnes que cette société réunit; les autres concernent la famille, considé-

80. 1. 112; Req., 13 mars 1888, S., 88. 1. 312, D., 86. 1. 204). Le dernier arrêt met ce point en relief : « (Attendu que la clause) a pour objet, non d'imprimer à certains biens le caractère de *dotalité* auquel (les époux) n'ont jamais pensé, mais de frapper la femme d'une *incapacité personnelle* de disposer, ce qui la rendait radicalement nulle. »

(142) Martin, Préface, p. ix et suiv., *Travaux et mémoires des Facultés de Lille*, 1892, et notes 2 *quinqüiès* et *octiès* sur Aubry et Rau, § 537. Comp. du même auteur une note au D., 1901. 1. 149, col. 2.

rée dans la série indéfinie des générations qui la composent. Les premiers sont passagers comme l'est elle-même la société conjugale si on la compare à l'être moral qu'elle perpétue dans le temps; les autres sont permanents au même titre que la famille, ils existent dès avant que soient nés ceux qui doivent la continuer, ils se prolongent après eux comme l'être moral auquel ils se rattachent. Si donc il y a dans la société conjugale une institution qui assure, sous tous les régimes matrimoniaux, la satisfaction des intérêts de cette société, il y aura pareillement, sous tous les régimes, une institution qui assurera, au gré des époux, la satisfaction des intérêts plus généraux et plus élevés de la famille. Cette institution, c'est le patrimoine dotal. » (143).

Quelle est, dans cette théorie, la portée exacte de l'inaliénabilité ? « L'inaliénabilité de la dot, qui apparaît à première vue, déclare M. Bartin, comme la règle fondamentale à laquelle les articles 1555-1556 ont pour objet d'apporter des exceptions, n'est au contraire que la conséquence du principe dont ces textes, en apparence exceptionnels, contiennent l'expression. L'immeuble dotal et, plus généralement, la dot, sont des biens grevés d'une affectation spéciale, et c'est à raison et dans la mesure de cette affectation qu'ils sont inaliénables. Ils sont affectés à la satisfaction éventuelle de certains intérêts de famille... Cette affectation est le principe même de la dotalité, dont l'inaliénabilité et l'imprescriptibilité ne sont que les conséquences. De là à considérer les biens dotaux comme formant, dans l'ensemble des biens de la femme, un patrimoine distinct, composé d'un actif spécial, et aussi d'un passif spécial, il n'y a qu'un pas. Et telle est, en effet, la formule que je propose. » (144).

(143) Bartin, *Les actions dotales*, Préface, p. x.

(144) Bartin sur Aubry et Rau, VIII, § 537, note 2 octiès.

En somme, deux affirmations connexes ressortent de la théorie de M. Martin :

1° La dot constitue un patrimoine d'affectation — idée qui était sans doute en germe dans la doctrine antérieure⁽¹⁴⁵⁾, mais que M. Martin a eu le grand mérite de synthétiser et de faire pénétrer fortement chez les auteurs contemporains⁽¹⁴⁶⁾.

2° Ce patrimoine d'affectation implique l'existence d'un intérêt collectif, l'intérêt de la famille, lequel se personnifie dans un être moral — conception qui ne surprendra personne à une époque où la notion de la personnalité morale de la famille semble s'imposer de plus en plus aux esprits, témoin tel passage de M. Georges Renard : « La famille, la nation..., ont tous les titres à occuper le rang le plus élevé sur l'échelle des institutions; il n'en est point de plus nécessaires, de plus réelles. Il ne faut pas hésiter à leur reconnaître la personnalité morale. »⁽¹⁴⁷⁾.

(145) V. par ex. Seriziat, *Traité du régime dotal*, n° 128 : « (Les biens dotaux) forment dans la fortune de la femme une portion réservée, une véritable oasis placée en dehors des orages, et où leurs coups ne se font plus sentir »; Troplong (rapport dans l'affaire Arluc, Req., 31 janv. 1842, reproduit au S., 42, 1. 110) : « ... cette règle invariable de votre jurisprudence, qui veut que la dot mobilière ne puisse jamais servir à payer les dettes de la femme, *constante matrimonio*, afin que les enfants retrouvent cette dot intacte à la dissolution du mariage, et que pendant sa durée elle fasse une réserve pour les besoins de la famille. »

(146) Colin et Capitant, III, p. 238 : « La dot est essentiellement le patrimoine familial »; Planiol, Ripert et Nast, II, n° 1116 : « La dot est aujourd'hui un véritable patrimoine de réserve, qui doit rester à l'abri de la mauvaise fortune et de la ruine des époux, mais qui peut être utilisé dans l'intérêt de la famille quand les ressources ordinaires des époux sont épuisées. » — Comp. Gazin, *Essai critique sur la notion de patrimoine dans la doctrine classique*, thèse Dijon, 1910, p. 273 et suiv.; Jossérand, *Cours de Droit civ.*, III, nos 542 et 544.

(147) Renard, *La théorie de l'institution*, 1^{er} vol., p. 244-245. — M. Renard affirme, en même temps, que la famille n'a pas la personnalité juridique, car il distingue (Comp. Hauriou, *Précis de droit administratif*, 11^e éd., p. 286 et suiv.; Gény, *Science et technique en droit privé positif*, IV, p. xviii) la personnalité morale (question d'existence institutionnelle) et la personnalité juridique (question de capacité). Cette distinction, qui

L'intérêt collectif dont il s'agit est distinct, nous le savons, de l'intérêt collectif que concrétise le ménage. Il s'en distingue parce que plus lointain, plus étendu, moins viager. L'intérêt du ménage n'embrassé, au fond, que les deux conjoints et leurs enfants mineurs; l'intérêt de la famille plonge ses racines à travers toute la descendance des époux, sans considération d'âge ni de degré. Il est visible, cependant, qu'en beaucoup de cas il n'y a pas, même sur le terrain abstrait, de délimitation tranchée entre les deux intérêts collectifs, et cette pénétration réciproque se reflète dans l'organisation qu'ils ont reçue de la loi. Or M. Bartin s'appuie là-dessus pour discerner, à côté de l'intérêt de famille mis en jeu par la dotalité, un autre intérêt de famille, qui, plus éthéré, plus affranchi des contingences du ménage, trouverait satisfaction dans les libéralités matrimoniales. « Les intérêts de famille, à la satisfaction desquels sont affectés les biens dotaux, écrit le savant annotateur d'Aubry et Rau, sont très différents, selon moi, des intérêts de famille auxquels répondent, quel que soit le régime adopté par les époux, les libéralités quelconques qui leur ont été faites en contrat de mariage. Selon moi, les libéralités matrimoniales — et j'entends par là les libéralités faites en contrat de mariage seulement — s'opposent, quel qu'en soit l'objet, aux conventions matrimoniales, quelles qu'elles soient, notamment à la convention matrimoniale portant adoption du régime dotal, bien que cette convention en particulier tende, elle-même, à la satisfaction de certains intérêts de famille. Dans ma pensée, les libéralités matrimoniales répondent à des intérêts de famille, en ce sens qu'elles comportent naturellement, par interprétation de la volonté

revient à opposer, assez artificiellement, la science et la technique, paraît au moins inutile, à notre étude; aussi ne parlons-nous que de personnalité morale.

du disposant, tantôt l'attribution éventuelle aux enfants à naître du mariage, tantôt l'attribution actuelle au conjoint du donataire de droits individuels prédéterminés, — bénéfice de la substitution vulgaire de l'article 1082, avec l'égalité nécessaire de vocation pour les enfants, suppression de la révocation pour cause d'ingratitude du donataire (art. 959), tant pour son conjoint et pour ses enfants que pour lui-même. Ce sont là des intérêts de famille auxquels le disposant est réputé, s'il n'a rien dit, avoir voulu dès maintenant donner satisfaction en même temps qu'il gratifiait le donataire lui-même... L'intérêt de famille en vue duquel a été imaginée la dotalité présente des caractères tout différents. La dotalité a pour but et pour effet d'imposer à la femme la conservation de ses biens dotaux, pour lui permettre, le cas échéant, d'en disposer, au cours de l'union conjugale, comme elle et son mari l'entendront, dans un intérêt de famille collectif (art. 1555, 1556, 1558). La satisfaction des intérêts de famille est ici tellement différente de ce qu'elle est dans la libéralité matrimoniale qu'il ne résulte de l'établissement de la dotalité aucun droit individuel prédéterminé au profit des personnes, mari ou enfants à naître, pour les besoins desquels il se peut que les biens dotaux soient, plus tard, aliénés ou hypothéqués. Tout dépend de ce que la femme voudra bien faire pour eux. Cela est si vrai que si elle établit l'un de ses enfants sans établir pareillement les autres, l'aliénation des biens dotaux, consentie dans l'intérêt du premier, ne saurait être, comme telle, critiquée par les autres, pour atteinte portée à la réserve... D'autre part, l'affectation de la dot aux intérêts collectifs de la famille n'est point le résultat d'une interprétation de volonté. Cette affectation résulte de l'adoption du régime dotal, et l'on a vu combien les conditions de cette adoption sont rigoureuses... Ce n'est pas tout : la femme ne pourrait certainement pas frapper ses biens de dotalité en s'interdisant

d'en disposer même dans les cas et sous les conditions des articles 1555, 1556 et 1558... La dotalité est au moins impérative en ce sens qu'il est interdit à la femme de méconnaître le but en vue duquel elle est possible. Ce sont là des différences profondes... Elles se résument, je crois, dans cette formule... que les intérêts de famille auxquels répondent les libéralités matrimoniales sont des intérêts lointains, distincts des intérêts temporaires de l'union conjugale elle-même, alors, au contraire, que ceux en vue desquels le régime dotal a été imaginé sont des intérêts prochains, qui se lient aux intérêts temporaires de l'union conjugale et même, à certains égards, se confondent avec eux. » (148).

On peut se demander, plus radicalement, si ce n'est pas une différence de nature plutôt qu'une différence de degré, si profonde qu'elle fût, qui sépare de la dotalité les libéralités matrimoniales. Que l'intérêt de la famille soit à la base des libéralités par contrat de mariage, cela est hors de doute. Seulement cet intérêt reste suspendu dans la sphère du donné rationnel et expérimental, sans s'incarner dans une organisation juridique : il peut bien inspirer les décisions du législateur ou de l'interprète; il ne prend pas corps dans une personne morale. C'est qu'il ne suffit pas, pour constituer la personnalité morale, qu'un intérêt collectif se dégage d'un groupement de personnes physiques; encore faut-il que cet intérêt collectif soit susceptible d'être concrétisé par un organisme adéquat. Or, en matière de libéralités matrimoniales, il est impossible d'apercevoir le moindre embryon d'un tel organisme : là où l'intérêt de la famille est, selon M. Bartin, mis en jeu (substitution vulgaire de l'article 1082 et suppression de la révocation pour ingratitude), cet intérêt

(148) Bartin sur Aubry et Rau, VIII, § 537, note 2. *quinquies*. — Comp. VII, § 803 *bis*, note 10 *bis*.

collectif se résout immédiatement en actions et en droits *individuels* au profit de certains membres de la famille, ce qui est aux antipodes de la personnalité morale. A qui veut comparer, même pour les opposer en les hiérarchisant, la dotalité et les libéralités matrimoniales, une objection irréductible vient donc faire échec : alors que la dotalité peut être conçue comme ressortissant à la notion de personne morale, les libéralités par contrat de mariage sont totalement étrangères à cette notion. Dans ces conditions, on estimera que le parallèle proposé n'apporte aucune clarté nouvelle, bien au contraire, sur la nature juridique de l'inaliénabilité dotale.

SECTION II

SOLUTION PROPOSÉE SUR LA NATURE JURIDIQUE DE L'INALIÉNABILITÉ DOTALE

C'est à la théorie de M. Bartin, allégée, ainsi qu'il vient d'être dit, de certains éléments adventices, que sera emprunté le principe de notre solution. Notre solution tient dans la proposition fondamentale suivante : *La condition juridique des biens dotaux se traduit indissolublement par les notions de fondation et de personnalité morale*. Cette proposition va être développée en deux paragraphes qui consacreront, une fois de plus, la distinction du point de vue anatomique et du point de vue fonctionnel.

§ 1. — *Dotalité et fondation.*

Pour démontrer l'identité finale des notions de dotalité et de fondation, il est presque indispensable d'employer un moyen terme : la reconnaissance du patrimoine dotal ou, si l'on préfère, l'érection des biens dotaux en universalité de droit. Ce n'est pas à dire, ici non plus, que l'existence de l'universalité juridique conditionne l'exis-

tence de la personne morale : c'est la fondation qui est titulaire d'un patrimoine⁽¹⁴⁹⁾, non le patrimoine qui se métamorphose en fondation. Mais comme l'on pourrait soulever une sorte de question préalable contre la théorie de la dotalité-fondation, en arguant que les biens dotaux ne forment pas un patrimoine autonome, il importe, pour la commodité de la discussion, de s'attaquer sur-le-champ à cette idée de patrimoine dotal.

I. — La notion de patrimoine dotal.

A. — LA CONCEPTION HISTORIQUE DE LA DOT EN TANT QU' « UNIVERSITAS JURIS ».

L'évocation du terme « *universitas* », à l'occasion de la dot, ne manque pas de réveiller des souvenirs historiques. Le rapprochement de la dot et du patrimoine ne semble point, en effet, étranger aux sources romaines⁽¹⁵⁰⁾. Même si on laisse une part aux interpolations possibles⁽¹⁵¹⁾, il n'est guère douteux que, dès l'époque classique, les jurisconsultes ont conçu la dot comme une collection de valeurs fongibles formant un tout homogène, c'est-à-dire comme une universalité⁽¹⁵²⁾, et, faut-il préciser,

(149) Encore que l'on ait soutenu que la fondation pouvait ne pas avoir de patrimoine propre (V. par ex. Michoud, *Théorie de la personnalité morale*, I. n° 127 et note).

(150) Il est fait au moins par un texte classique pur (Dig., 11. 7. 16).

(151) C'est ainsi que, dans un fragment d'Ulpien (Dig., 4. 4. 3. 5), l'authenticité de l'incidente [*quoniam dos ipsius filix proprium patrimonium est*] appellerait peut-être quelques réserves. C'est ainsi, en tout cas, que, dans un autre fragment d'Ulpien (Dig., 33. 4. 1. 4 et 5), le passage [*sed quod diximus ipso jure dotem impensis minui, non ad singula corpora, sed ad universitatem erit referendum*] apparaît comme un byzantinisme manifeste, même si l'on se refuse à admettre, avec Schulz (*Revue Savigny*, 1913, p. 57-106), que la règle « *Impensæ necessariæ minuunt ipso jure dotem* » est entièrement postclassique.

(152) On a parfois invoqué en ce sens plusieurs textes (Dig., 23. 3. 26-27, 78 et 84) qui appliquent à la dot la théorie de la subrogation réelle. Il n'existe pourtant aucun lien entre la notion d'universalité et la notion

comme une collection de valeurs actives et passives, c'est-à-dire comme une universalité juridique, par opposition à l'universalité de fait⁽¹⁵³⁾. Seulement, face à cette conception, esquissée çà et là pour justifier des solutions de détail, on n'aurait pas de peine à relever, dans le Digeste, toute une série de fragments où la dot est envisagée sous le simple aspect d'un bien isolé. De l'opposition apparente des textes devaient naître les controverses des commentateurs. Les plus anciens docteurs du moyen âge, tels Bulgare et surtout Azo, n'avaient voulu voir dans la dot qu'une chose corporelle. Bartole vint et, prenant le contre-pied d'Azo, développa systématiquement cette idée que la dot constitue *quoddam jus universale*⁽¹⁵⁴⁾. Entre autres raisons, il citait celle-ci, où transparaît la notion moderne d'universalité juridique : « quia illud dicitur universale, quod continet in se actiones activas et passivas ». La doctrine de Bartole, combattue par Balde, défendue par Jason de Mayno, ne tarda pas à s'implanter chez les romainistes. De plus en plus on considéra la dot comme une *universitas juris* ou, selon une expression moins nette, employée notamment par Alciat⁽¹⁵⁵⁾, comme une *universitas facti et juris*. Fachin de Forli au xvii^e siècle, Capone au xviii^e, qui reprennent méthodiquement la discussion sur un ton de froideur académique, apportent une ultime adhésion à l'opinion qu'ils tiennent pour dominante⁽¹⁵⁶⁾.

de subrogation réelle, du moins la notion de subrogation réelle telle qu'on l'entend aujourd'hui, au sens de subrogation réelle spéciale.

(153) Ce caractère est mis en relief par Ulpien (Dig., 41. 7. 16) : « In eum, ad quem dotis nomine quid pervenerit, dat prætor funerariam actionem : æquissimum enim visum est veteribus mulieres quasi de patrimoniis suis ita de dotibus funerari et eum, qui morte mulieris dotem lucratur, in funus conferre debere, sive pater mulieris est sive maritus. »

(154) Bartole, *Consilium* 124, n° 3.

(155) Alciat, *Opera omnia*, t. I, p. 460, nos 24 et suiv.; t. IV, p. 1168, n° 2.

(156) Fachin, *Controversiæ*, liv. 10, chap. 31; Capone, *De dote*, quæstio 4, nos 7 et suiv.

Il faudrait, toutefois, se garder de croire que la notion de patrimoine dotal n'est que le rajeunissement d'une construction romaniste. Par la position même qu'ils donnent à la question, Bartole et ses approbateurs restent bien en deçà des théories actuelles. Ce dont ils se préoccupent essentiellement, c'est de résoudre si la dot est une *res* ou une *universitas*, ce n'est pas tant de savoir si elle est une universalité de fait ou une universalité de droit; ils ne traitent ce second point de vue qu'accessoirement, comme une justification du premier. Et, chose plus grave, dans leur définition de la dot en tant qu'universalité juridique, la corrélation caractéristique de l'actif et du passif est examinée par eux non point au regard de la nature juridique de la dotalité, mais suivant l'inspiration du texte fondamental d'Ulpien (Dig., 41. 7. 16), au regard de la constitution de la dot et de sa dévolution après décès de la femme. Le passif dotal, tel qu'ils le comprennent, ce n'est pas un passif inhérent au but spécial de la dot, c'est un passif figé, ensemble de dettes et charges quelconques, qui grèvent les biens dotaux, comme n'importe quels biens, du chef du constituant ou de l'épouse dotale. Se confinant en somme dans le domaine des modes d'acquiescer, loin de toute idée de société conjugale, la conception historique de la dot en tant qu'*universitas juris* se révèle, de nos jours, insuffisante et caduque et aspire à s'effacer devant une conception organique, qu'il convient maintenant de délimiter.

B. — LA CONCEPTION ORGANIQUE DE LA DOT EN TANT QU'UNIVERSALITE
JURIDIQUE

A vouloir discuter le problème dans le prolongement de l'histoire, sous l'angle de la constitution de dot, l'interprète du Code civil aboutit fatalement à une impasse, qui résulte de la distinction établie par l'article 1542 entre la dotalité universelle et la dotalité particulière. Si

la notion d'universalité est admissible en présence d'une constitution de tous biens, n'est-elle pas en antinomie évidente avec la dotalité frappant un objet individuel ? Troplong, un des rares Exégètes qui aient étudié la matière, semble être tombé dans ce piège de l'historisme. « Sans doute, il faut reconnaître, explique-t-il, qu'il y a dans la dot un droit incorporel, distinct des choses mêmes qui entrent dans cette dot; par exemple, les choses dotales peuvent diminuer par les dégradations du mari, par des aliénations illégales et autres causes. La dot ne diminue pas pour cela... Mais ce droit incorporel est-il universel ou particulier ? Il est universel quand on se constitue tous ses biens, ou une universalité. Que si l'épouse ne se constitue qu'une seule chose de son patrimoine, où serait l'universalité ? » (157).

Il y aurait beaucoup à dire sur les relations que Troplong sous-entend entre la notion de bien incorporel et la notion d'universalité. On pourrait notamment se demander si, là où le grand jurisconsulte aperçoit une conséquence du caractère incorporel de la dot, il ne s'agit pas, plus simplement, d'un effet de la subrogation réelle, laquelle, au surplus, ne jouant qu'à l'occasion de tel ou tel élément concret d'un patrimoine, est étrangère à la notion d'universalité. Qu'il suffise de peser la conclusion partiellement négative à laquelle s'arrête Troplong. Il n'y a pas d'universalité dotale au cas où un bien isolé est constitué en dot. Or, contre cette négation, il est permis de s'inscrire en faux. Le nombre des biens que renferme, en fait, une universalité juridique est de soi indifférent. Tout le monde connaît une universalité juridique, indiscutablement telle, qui porte sur un seul bien : le patrimoine de mer, dont le centre est un navire isolé. On répondra peut-être que le navire n'est que l'élément prépondérant de la fortune de

(157) Troplong, IV, n° 3009.

mer et qu'autour de lui prennent place dans l'universalité juridique le fret et certaines créances de remplacement. Mais la réponse ne fait que rendre plus évident encore le parallélisme avec le fonds dotal. Le fonds dotal attire à lui les revenus, qui, sous des distinctions déjà indiquées, participent de la condition juridique de la dotalité, ainsi que diverses créances de remplacement, rendues dotales par la subrogation réelle. Tous ces éléments se fondent dans une même universalité juridique, où le fonds dotal, à l'instar du navire au milieu du patrimoine de mer, est envisagé moins comme un bien concret et individualisé que comme l'expression d'une valeur pécuniaire⁽¹⁵⁸⁾. A l'encontre de l'affirmation de Troplong, une constitution de dot à titre particulier est donc parfaitement susceptible de servir de support à l'universalité juridique dotal.

Pour achever la démonstration, il est indispensable de décomposer, avec plus de détails, cette universalité juridique en sa double série de facteurs actifs et passifs. Le noyau de l'actif est constitué par le capital de la dot. C'est du chef de la femme que provient normalement la dot. Toutefois, il faut considérer que, d'après un arrêt Cassaigne de Mary du 30 novembre 1886, émanant de la Cour de cassation⁽¹⁵⁹⁾, le contrat de mariage peut valablement frapper un bien du mari de dotalité ou, tout au moins, d'une condition très voisine de la dotalité⁽¹⁶⁰⁾, et, par conséquent, faire entrer ce bien dans le patrimoine dotal — solution qui a causé quelque étonnement, bien qu'elle ne fût que la consécration de pratiques anciennes. Quoi qu'il en soit, la jouissance de la dot de la femme étant

(158) Comp. Bonnet, *Traité de droit commercial maritime*, n° 448.

(159) Req., 30 nov. 1886, S., 87. 1. 401, note Labbé.

(160) L'arrêt prend soin, il est vrai, de déclarer que la clause litigieuse « n'a ni pour objet ni pour conséquence directe de frapper de dotalité la portion indivise appartenant au mari »; mais il est bien difficile de découvrir en quoi l'aliénabilité à charge de remploi dont il s'agissait se sépare de la dotalité assouplie par l'article 1537.

apportée, comme on le sait, à la société conjugale personifiée qui se crée sous le régime dotal, on devrait dire que cette jouissance ne se retrouve pas dans l'universalité juridique distincte, sous-jacente à la fondation dotale. Cela est bien exact en principe. Cependant, à beaucoup d'égards, la jouissance de la dot ne laisse pas de se rattacher au capital; c'est à ce point de vue que se place la jurisprudence, lorsqu'elle proclame l'insaisissabilité absolue des revenus dotaux, en certains cas, au delà des besoins du ménage et même après la disparition du ménage ⁽¹⁶¹⁾. Par la force des choses, il ne peut pas y avoir de cloisons étanches entre le patrimoine de la société conjugale et le patrimoine de la fondation dotale : rationnellement, en effet, l'intérêt de la famille, substratum de la fondation, est lié à l'intérêt du ménage, substratum de la société, et cette compénétration d'intérêts se traduit par un contact, dont la nature juridique sera plus tard précisée, entre les deux personnes morales. Les revenus dotaux doivent donc figurer, à côté du capital, dans l'actif de l'universalité juridique; il faut y joindre les créances et indemnités subrogées à la dot, comme, par exemple, la créance du prix d'un bien dotal aliéné, dans les hypothèses où l'aliénation est permise, ou encore, serait-il logique de décider, l'indemnité d'assurance couvrant un immeuble dotal ⁽¹⁶²⁾.

La détermination du passif semble beaucoup moins aisée. MM. Le Courtois et Surville ont précisément combattu la conception de la dot *universitas juris*, en niant que cette universalité juridique eût son passif distinct de celui qui grève les paraphernaux ⁽¹⁶³⁾. Seulement, l'objec-

(161) V. plus haut, p. 178.

(162) *Contra* Nîmes, 20 juin 1860; Pau, 31 mai 1893, D., 95. 2. 10. — Comp. Planiol, III, n° 1496-5°.

(163) Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, III, n° 1667, note.

tion dépasse son but ⁽¹⁶⁴⁾ : le passif de la communauté grève, en même temps, les propres des époux; les dettes de la société en nom collectif sont, à égal titre, dettes personnelles des associés; pourtant, dans la communauté conjugale comme dans la société en nom, on s'accorde à reconnaître des universalités juridiques. Pour qu'une complète autonomie du passif fût réalisée, il faudrait : 1° que les créanciers n'eussent action que sur une seule universalité, à l'exclusion des autres universalités ayant le même titulaire; 2° que seuls les créanciers dont le droit serait né à l'occasion du but spécial poursuivi par l'universalité eussent action sur les biens dépendant de celle-ci. Les universalités juridiques, telles qu'elles se manifestent dans le droit positif, sont loin d'atteindre toutes à cette perfection abstraite. Il en est ainsi de l'universalité dotale, car non seulement l'assiette de son passif déborde sur les paraphernaux, mais encore son passif englobe des dettes étrangères à l'objectif de la dot, à la sauvegarde des intérêts permanents de la famille. Enumérons quelques-uns de ces éléments extrafamiliaux du passif dotal : ce sont les dettes de la femme antérieures au mariage ⁽¹⁶⁵⁾, les dettes nées des délits et quasi-délits de la femme, les dettes grevant les successions advenues à la femme en cas de dotalité des biens à venir, les dettes garanties par des privilèges immobiliers spéciaux sur le fonds dotal ⁽¹⁶⁶⁾, les dettes de l'épouse envers le mari à raison des impenses faites par lui sur la dot, dans une certaine mesure tout au moins ⁽¹⁶⁷⁾, etc.

(164) Comp. en ce sens, Gazin, *op. cit.*, p. 288.

(165) Tout créancier antérieur au mariage peut saisir le fonds dotal, même le créancier chirographaire, à raison de sa qualité d'ayant cause à titre particulier. Cependant, d'après l'opinion courante (arrêt de Monclar, Req., 6 juin 1849, S., 49. 1. 481), le créancier chirographaire devrait respecter la jouissance du fonds.

(166) Comp. sur ces diverses catégories de dettes : Planiol, *Traité élémentaire*, III, nos 1603-1613 *bis*.

(167) Pour les impenses nécessaires, si elles entrent dans le cadre des

Le *passif proprement dotal* ou, si l'on ose dire, le passif dotal familial, doit être cherché ailleurs. Le siège de sa réglementation se trouve dans les articles 1555, 1556 et 1558. Ces textes ne prévoient formellement que la possibilité d'une aliénation avec autorisation de justice, mais on admet que les tribunaux peuvent autoriser un emprunt hypothécaire sur le fonds dotal, au lieu d'une vente⁽¹⁶⁸⁾. On peut classer parmi le passif proprement dotal les dettes ainsi contractées en vue d'établir un enfant, de fournir des aliments à la famille, de conserver la dot⁽¹⁶⁹⁾. Il serait

grosses réparations, le mari a certainement une créance, et il peut la faire valoir, soit par voie de compensation sur les deniers dotaux qui se trouvent entre ses mains, soit par voie de rétention d'un bien dotal individualisé, soit même par voie de saisie du fonds dotal. Pour les impenses utiles, la question est, au contraire, discutée (Comp. Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, III, n° 4916).

(168) Comp. Cass. civ., 22 févr., 1911, D., 1915. 1. 25, note Ripert.

(169) Ce sont ces emprunts hypothécaires judiciairement autorisés qui constituent l'aspect le plus banal, le plus évident du passif dotal. Mais l'existence de ce passif est-elle exclusivement liée à l'idée d'emprunt ? Ne se traduit-elle pas aussi, quoique sous une forme un peu particulière, dans la possibilité même de vendre le fonds dotal pour certaines causes définies, avec autorisation de justice ? Voici des dettes nées de fournitures d'aliments (on sait, en effet, que l'aliénation peut être permise pour acquitter des fournitures déjà faites, non moins que pour assurer la subsistance de la famille dans l'avenir : Cass. civ., 18 juillet 1906, D. 1907. 1. 11); voici encore, dans les mêmes conditions, des dettes contractées pour la conservation de la dot; voici, enfin, des dettes du constituant, antérieures au mariage, dont la femme n'est pas légalement tenue. Est-ce que toutes ces dettes ne grèvent pas, au fond, le patrimoine dotal ? Sans doute, les créanciers qui s'en prévalent ne peuvent-ils pas procéder à la saisie de l'immeuble dotal en invoquant le droit de leur débitrice à en demander l'aliénation (Cass. civ., 10 novembre 1897, S. 98. 1. 353, note Boutaud). Mais n'existe-il pas, dans notre droit positif, d'autres cas où l'exécution d'une obligation dépend entièrement d'un acte de volonté du débiteur ? Il en est ainsi de l'obligation naturelle, que l'on a pu décrire, avec raison, comme une obligation civile sous condition potestative (Bonnecase : *Supplément au Traité de Baudry-Lacantinerie*, V, n° 248). Ici, quoiqu'il n'y ait point obligation naturelle, on est en présence d'un mécanisme technique équivalent. Les créanciers en question ont, à côté de leur débiteur principal (femme ou constituant de la dot), un second débiteur, qui est la personne morale titulaire du patrimoine dotal. Contre ce second débiteur, leur créance a une nature particulière : ils ne peuvent en exiger le paiement, et son

même légitime de généraliser la jurisprudence, très hardie⁽¹⁷⁰⁾, qui développe le but social de l'art. 1558 et d'affirmer que toute obligation contractée, sous le contrôle de la justice, en vue de pourvoir aux intérêts permanents de la famille ressortit au passif dotal⁽¹⁷¹⁾.

De cette corrélation caractéristique d'actif et de passif, on est en droit de conclure à l'existence de l'universalité juridique dotale. Mais tout n'est pas terminé par là. La notion de patrimoine dotal, même étayée par l'idée de patrimoine d'affectation, ne se suffit pas à elle-même. Le

efficacité est intégralement subordonnée à un acte de volonté des organes de la personne morale débitrice et à un acte de volonté concordant du tribunal. Il s'agit donc là d'une catégorie très curieuse de passif dotal, qui évoque, au point de vue négatif, l'idée d'obligation sous condition potestative et, au point de vue positif, l'idée de créance chirographaire à gage individualisé (comp. sur cette notion, Bonnacase: *op. cit.* V, n° 329), car le prix de la dot aliénée est exclusivement affecté à l'extinction de ce passif.

(170) Comp. sur cette tendance jurisprudentielle : Bartin, note D., 1901. 1. 149, col. 2.

(171) Nous n'envisageons au texte que le point de vue de l'obligation. Mais la question de la contribution ne se pose-t-elle pas ici, comme dans le règlement du passif commun ? La doctrine (Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, III, n° 1720, et les références) et la jurisprudence (V. en dernier lieu, Lyon, 12 mars 1930, D. H., 1930. 307) admettent que, lorsque le capital de la dot a été entamé pour subvenir aux besoins de la famille, la femme a un recours contre le mari revenu à meilleure fortune. Nous approuvons cette solution. De prime abord, cela peut surprendre, car il semblerait que, d'après nous, le passif dotal familial dût rester définitivement à la charge du patrimoine dotal, s'agissant d'un passif inhérent à la fonction même de la dot. Mais c'est qu'une autre idée doit intervenir. Nous verrons que le patrimoine dotal est le patrimoine d'une fondation personnifiée, poursuivant une œuvre qui n'est pas sans parenté avec les œuvres charitables d'utilité publique. En l'occurrence, la fondation dotale est venue en aide au mari nécessiteux, en se substituant à lui pour faire vivre la famille. Dès lors, le recours exercé par la femme contre son conjoint n'est, en réalité, autre chose que le recours de la fondation dotale contre l'un de ses bénéficiaires, recours tout à fait semblable à celui que la loi réserve, en certains cas, aux organismes d'assistance publique contre les personnes assistées parvenues à meilleure fortune (V. ainsi art. 21 de la loi du 10 juillet 1901 sur l'assistance judiciaire; art. 17, al. 4, de la loi du 27 juin 1904 sur le service des enfants assistés).

patrimoine d'affectation ne peut pas, en quelque manière, se tenir debout par ses propres forces dans la vie juridique. Il doit s'appuyer sur un titulaire, qui est, soit une personne physique, soit une personne morale; c'est ainsi que la fortune de mer, patrimoine d'affectation, s'appuiera sur un armateur individu ou sur une société d'armement. La doctrine de la personnalité morale-patrimoine d'affectation avait essayé d'insuffler une vie autonome à ces patrimoines, mais elle n'y a pas réussi, et pour cause : le patrimoine est une collection de choses, et entre le monde des choses et le monde des personnes, l'opposition reste irréductible. Le patrimoine dotal a donc nécessairement un titulaire. Est-ce la femme ? Nullement. Il est impossible de rendre compte de la situation sans interposer une personne morale entre les deux conjoints. *Le patrimoine dotal est, selon nous, le patrimoine de la fondation dotale personnifiée.*

II. — La notion de fondation dotale.

A. — LES ELEMENTS CONSTITUTIFS DE LA FONDATION ET LA DOT

Par suite du silence des textes, il se produit, dans notre Droit, d'assez grandes divergences quand il s'agit de définir la fondation. On lira en note quelques-unes des définitions proposées ⁽¹⁷²⁾. De l'ensemble, se dégage cette impres-

(172) Beudant, note au D., 1893. 2. 1, sous Besançon, 25 mars 1891 : « Une fondation, c'est l'affectation de certains biens à la réalisation d'une idée, à la poursuite d'un but stable et permanent, le plus souvent d'un but d'utilité publique, ou mieux, c'est le patrimoine affecté avec le caractère qui résulte pour lui de la destination qui lui est assignée. » — De Lapradelle, *Théorie et pratique des fondations perpétuelles*, thèse Paris, 1895, p. 1 : « Fonder, c'est assigner un fonds à perpétuité à un but. » — Berthélemy, *Traité élémentaire de Droit administratif*, p. 652 : « La fondation est l'affectation perpétuelle d'un fonds productif de revenus à la création, à l'entretien ou à l'accroissement d'un service déterminé. » — Planiol, *Traité élémentaire*, III, n° 3331 : « (C'est) l'affectation perpétuelle de biens ou de valeurs à un service déterminé par le disposant. » —

sion que trois éléments constitutifs, dont la portée exacte est à préciser, sont essentiels à la fondation : 1° l'affectation d'une masse de biens; 2° la perpétuité de l'affectation; 3° l'existence d'une œuvre à laquelle l'affectation bénéficie. Or, nous croyons que ces trois éléments se retrouvent dans la dotalité.

a) PREMIER ÉLÉMENT : L'AFFECTATION D'UNE MASSE DE BIENS.

Déclarer que les biens dotaux ne peuvent être aliénés (art. 1554); si ce n'est pour satisfaire à certains besoins (art. 1555, 1556, 1558), c'est déclarer, sous une autre forme, que les biens dotaux sont affectés à la satisfaction de ces besoins. L'affectation, élément caractéristique de la fondation, ne saurait être réalisée qu'au moyen d'une inaliénabilité, destinée à paralyser toute activité juridique étrangère au but poursuivi. Il y a, cependant, une différence importante entre l'inaliénabilité véritable et la charge de la fondation. Charles Beudant a mis cette différence en relief : « Autre chose, écrit-il, est l'inaliénabilité, autre chose l'affectation à une œuvre, même perpétuelle; ce qui sera affecté, en cas de fondation, c'est le capital constitué pour le service d'une idée, ce ne sont pas les biens dont le capital se compose, lesquels restent sous l'empire du droit commun. Lorsqu'un testateur lègue ses biens à un établissement public, à une commune par exemple, pour fonder une œuvre de bienfaisance ou autre, ces biens res-

Colin et Capitant, III, p. 686 : « Les biens ou les capitaux sont affectés d'une façon perpétuelle à la dotation d'une œuvre; ils forment, pour ainsi dire, un patrimoine séparé destiné à assurer le fonctionnement indéfini de cette œuvre. » — Bonnecase, *Introduction à l'étude du Droit*, 2^e éd., n° 21 : « Les fondations... indépendantes de tout groupement... se ramènent... à une œuvre charitable, intellectuelle ou d'agrément, dotée d'une organisation matérielle et gratifiée de la personnalité afin de faciliter son fonctionnement. » — Citons, enfin, la définition du Code civil suisse, art. 80 : « La fondation a pour objet l'affectation de biens en faveur d'un but spécial. »

tent aliénables quoique l'affectation soit perpétuelle; pourquoi en serait-il autrement quand la charge d'emploi accompagne un legs fait à un particulier ? Dans les deux cas, les biens transmis, quoique affectés, restent sous l'empire du Droit commun, aliénables par conséquent dans les conditions que comporte le caractère du propriétaire chargé de servir la fondation, selon qu'il est un particulier ou une personne civile. » (173). En parcourant ce passage de Beudant, on ne peut s'empêcher de songer à la dot. La dotalité, elle non plus, ne s'identifie pas avec l'inaliénabilité ordinaire. L'inaliénabilité du fonds dotal peut être supprimée par le contrat de mariage, la dotalité n'en subsiste pas moins. Ce qui constitue la dotalité, en effet, ce n'est pas l'inaliénabilité de tel ou tel bien concret et individualisé, c'est essentiellement l'inaliénabilité de la valeur pécuniaire que ce bien matérialise, l'affectation de cette valeur à un but déterminé. Qu'un bien dotal vienne à être aliéné en vertu de l'article 1557, la dotalité apparaîtra dans son essence irréductible : elle mettra en jeu le mécanisme de la subrogation réelle, tout comme le met en jeu la fondation (174), et elle maintiendra ainsi l'affectation de la valeur dotale, soit par le moyen normal du remploi, soit, en désespoir de cause, par l'intervention de la théorie de la dot incluse.

b) SECOND ÉLÉMENT : LA PERPÉTUITÉ DE L'AFFECTATION.

Il est curieux de remarquer que notre ancien Droit, du moins dans certaines régions, avait poussé très loin cette idée de la perpétuité de l'affectation dotale. C'est ainsi que dans le Béarn la dotalité, sous le double aspect de l'inaliénabilité et de l'imprescriptibilité, se perpétuait sur

(173) Beudant, note au D., 1893. 2. 6.

(174) Cass. civ., 5 janv. 1887, *in fine*, S., 87. 1. 481.

la tête des enfants comme sur celle de la femme. La dot formait un patrimoine autonome, qui se transmettait jusqu'au dernier de la ligne, en dehors de la succession ordinaire, par une sorte de fidéicommiss, et son caractère inaliénable était, dans le principe, indéfiniment opposable aux créanciers successifs des divers degrés d'héritiers ⁽¹⁷⁵⁾. Paul aurait dit à moins : « *Dotis causa perpetua est.* » ⁽¹⁷⁶⁾.

Si notre Droit positif n'admet plus cette dotalité perpétuellement rajeunie à chaque génération, il s'en faut, cependant, de beaucoup que l'affectation dotale ait aujourd'hui une nature temporaire. Attachée aux intérêts permanents de la famille, elle aspire elle-même à la permanence. D'abord, elle survit intégralement à la séparation de biens et à la séparation de corps. Ensuite, même après la dissolution du mariage, elle se perpétue dans un de ses résultats essentiels, l'insaisissabilité à l'encontre des créanciers antérieurs, et elle s'y perpétue non seulement du chef de la femme, mais indéfiniment du chef de ses héritiers ⁽¹⁷⁷⁾. De la sorte, ainsi que le constate Baudry-Lacantinerie, « l'exception de dotalité empêchant de saisir et de faire vendre les biens dotaux subsistera autant que l'obligation elle-même. Grâce à des actes interruptifs de prescription et aussi à des acceptations pures et simples de succession s'échelonnant, les effets de la dotalité à l'égard des obli-

(175) En 1641, le bénéfice de la dotalité fut restreint à deux degrés à l'égard des créanciers. — Nous empruntons tous ces détails à l'intéressant ouvrage de M. Bonnecase, *Le féminisme et le régime dotal*, thèse Toulouse, 1903, p. 127-130, où l'on trouvera de nombreuses références.

(176) Dig., 23. 3. 1. : « *Dotis causa perpetua est, et cum voto ejus qui dat ita contrahitur ut semper apud maritum sit.* » — La formule, ainsi entendue, semble remonter à l'époque du mariage *cum manu*.

(177) Les créanciers paraphernaux de l'épouse ne peuvent saisir le bien dotal, même après son entrée dans le patrimoine de l'héritier pur et simple (Cass. civ., 16 déc. 1846, S. 47. 1. 194, note Devilleneuve). On prétend couramment (Planiol, *Traité élémentaire*, III, n° 1390) que ce résultat contredit l'idée d'indisponibilité réelle, mais cela ne serait vrai que si la notion de perpétuité n'intervenait pas.

gations de l'épouse peuvent se conserver pendant une série de générations » (178). La pérennité, élément constitutif de la fondation, se manifeste donc, en matière de dot, avec une portée réduite adaptée à sa raison d'être, en ce sens que le patrimoine dotal formera *perpétuellement*, entre les mains des descendants, une réserve affranchie des conséquences des désastres pécuniaires qui auront pu frapper les fondateurs de la famille.

c) TROISIÈME ÉLÉMENT : L'EXISTENCE D'UNE ŒUVRE A LAQUELLE
L'AFFECTATION BÉNÉFICIE.

Ce terme d'œuvre revêt un sens un peu vague. Par œuvre, nous visons une activité à but altruiste, une activité d'intérêt collectif largement entendu. Mais un parti considérable, dans la doctrine, se montre beaucoup plus strict (179). Influencé par notre système de Droit positif, où les fondations ordinaires ne peuvent efficacement fonctionner que sous la forme d'établissements d'utilité publique, ce parti affirme que l'œuvre a pour substratum nécessaire un intérêt *public* et non pas seulement collectif, que la fondation elle-même est essentiellement matière de Droit *public*. En présence de cette conception restrictive, il est urgent de déterminer quelle est la nature de l'œuvre à laquelle la dot est affectée, et à cet effet, on ne peut s'empêcher de puiser quelque documentation dans l'histoire.

A l'origine de tout le mouvement d'idées touchant les rapports de la dot avec l'utilité publique, s'inscrit le texte fameux de Paul : « *Rei publicæ interest mulieres dotes salvas habere, propter quas nubere possunt.* » (180). Parmi

(178) Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, III, n° 1686.

(179) Lévy-Ullmann et Grunebaum-Ballin, *Essai sur les fondations par testament* (Revue trimestrielle, 1904, p. 258); Colin et Capitant, III, p. 686: « œuvre présentant un caractère d'utilité générale ». — Comp. Coquet, *Les fondations privées d'après la jurisprudence française*, thèse Poitiers, 1908, n. 8 et 31.

(180) Dig., 23. 3. 2.

les romanistes, Alciat examine en détail la question et, après avoir distingué quatre modalités de l'utilité publique, il conclut que la dot ressortit à l'une d'entre elles en ce qu'elle poursuit, comme la tutelle, comme les institutions tendant à favoriser les études, un but principal d'intérêt privé, mais aussi un but accessoire d'intérêt public, *ut quod dotatæ sint mulieres, utile est id in primis ipsis mulieribus, deinde et civitati* ⁽¹⁸¹⁾. Vers la même époque, la nature juridique de la dot fut portée sur un autre terrain, d'une manière très significative au point de vue de la notion de fondation. On se demanda si la dot ne constituait pas une *causa pia*, relevant de la compétence des tribunaux ecclésiastiques, du moins dans la mesure du *forum mixtum*. Au début du xvii^e siècle, la compétence exclusive de la juridiction laïque n'était plus sérieusement mise en doute, et les docteurs, Fachin en Italie, Fontanella en Catalogne, déclaraient que la dot n'était pas proprement une *causa pia*, sauf quand certaines circonstances, comme la pauvreté de la femme, s'y ajoutaient ⁽¹⁸²⁾. Le souvenir de l'ancienne controverse ne fut pas pour cela aboli; on en aperçoit des traces dans un arrêt du Parlement de Toulouse de 1637, recueilli par Simon d'Olive : « Justinien a traité si favorablement les dots qu'il les a considérées comme chose sacrée, les rendant imprescrip-

(181) Alciat, *Opera omnia*, IV, p. 470, n^o 46.

(182) Fachin, *Controversiæ*, lib. X, cap. 37; Fontanella, *De pactis nuptialibus*, I, claus. 1, glos. 1, pars 1, n^o 33 (et les auteurs par lui cités); claus. 4, glos. 21, pars 2, n^{os} 12-16.

On voyait jadis, en effet, les seigneurs doter leurs vassales pauvres, des testateurs affecter une part de leur fortune à la dotation des filles indigentes; parfois même, des collectes s'organisaient en faveur de la mariée (Bonnecorse de Lubières, *La condition des gens mariés en Provence aux xiv^e, xv^e et xvi^e siècles*, thèse posthume Aix, 1929, p. 40). L'œuvre pie, en ce sens, ce n'était plus l'œuvre remplie par la dot, mais l'œuvre consistant à constituer des dots. On voit par là tout ce qui sépare la conception historique de la dot *causa pia* et la conception organique de la dotalité-fondation.

tibles et inaliénables, et les mettant hors du commerce des hommes... comme *les fonds de l'Eglise* et les biens de la couronne. » (183).

Au cours des travaux préparatoires du Code civil, la dotalité fut essentiellement envisagée comme une affectation à des intérêts de famille, d'où la considération de l'utilité publique n'était pas, d'ailleurs, exclue; c'est ce que Duveyrier laissa entendre au Tribunat : « A l'impossibilité absolue d'aliéner le fonds dotal, déclara-t-il, la pratique du régime... attache la conservation des biens, l'assurance des hérédités directes, la fortune des enfants, la prospérité des familles et le lustre social. » (184). La jurisprudence, durant la première moitié du XIX^e siècle, développa cette idée de l'utilité publique de la dot. La destination de la dot lui apparut comme « sainte et sacrée » (185), confinant aux principes d'ordre public (186). Plus tard, ainsi que l'expose M. Eyquem, sa manière de voir évolua, et elle reconnaît aujourd'hui que « la conservation des dots intéresse surtout une famille et non la famille, qu'elle est d'ordre particulier et non général » (187).

Est-ce à dire que la notion de fondation dotale soit par là irrémédiablement condamnée ? Nous ne le pensons pas, et pour une double raison : d'abord, parce que, si la conception historique de la dot œuvre d'utilité publique a finalement échoué, il n'est pas démontré que, du point de

(183) Simon d'Olive, *Questions notables*, liv. 3, chap. 29, arrêt du 2 janvier 1637.

(184) Locré, XIII, p. 386; Fenet, XIII, p. 736. — Comp. l'exposé des motifs de Berlier au Corps législatif (Fenet, XIII, p. 682).

(185) V. le langage de l'arrêt Malinvaud, Cass. civ., 1^{er} févr. 1819, S., 49. 1. 146.

(186) Aussi décidait-elle alors que la femme pouvait obtenir la nullité de la saisie de l'immeuble dotal, même après expiration des délais de l'article 728 C. proc. (Cass. civ., 11 juin 1828, D., 28. 1. 271). Elle en vint plus tard à la solution contraire (Req., 30 avril 1850, S., 50. 1. 497), avec l'abandon de l'idée de la dotalité d'ordre public.

(187) Eyquem, *Le régime dotal*, nos 627 et suiv.

vue organique, la dotalité ne présente pas un certain caractère d'intérêt général; ensuite, parce que, même si cela était démontré, il resterait à prouver qu'un intérêt collectif d'ordre privé, mais idéal, ne peut pas constituer le substratum d'une fondation.

Rationnellement, en effet, on ne comprend pas comment l'apparition et le maintien d'un patrimoine destiné à secourir la famille dans les jours de besoin et à favoriser l'établissement des enfants pourraient être indifférents à l'intérêt général. On trouve même, dans un texte de Droit positif, un puissant motif de croire le contraire. Nous faisons allusion à l'article 83 du Code de procédure, qui énumère, parmi les causes obligatoirement communiquées au procureur de la République « 1° *Celles qui concernent l'ordre public, l'Etat, le domaine, les communes, les établissements publics, les dons et legs au profit des pauvres;... 6° les causes des femmes non autorisées par leur mari, ou même autorisées, lorsqu'il s'agit de leur dot et qu'elles sont mariées sous le régime dotal; les causes des mineurs, et généralement toutes celles où l'une des parties est défendue par un curateur.* » Ce serait amoindrir la portée de cette disposition que d'y voir, avec MM. Garsonnet et Cézar-Bru, une simple mesure de précaution pour empêcher les époux de tourner l'inaliénabilité dotale par des procès simulés (188). L'article 83, en réalité, organise un contrôle de l'autorité étatique sur la fondation dotale comme sur tous les établissements publics. L'Etat, en se reconnaissant le droit de surveiller l'affectation de la dot, reconnaît par là même que cette affectation intéresse, au moins en partie, l'ordre public.

(188) Garsonnet et Cézar-Bru, *Traité théorique et pratique de procédure civile*, I, n° 213, texte et note 40. — Ils en déduisent que lorsque l'inaliénabilité est hors de cause (art. 1537, estimation, etc.), la communication cesse d'être obligatoire. — Comp. en sens contraire : Glasson et Tissier, *Traité théorique et pratique de procédure civile*, I, n° 406.

En second lieu, nous estimons qu'un intérêt collectif d'ordre principalement privé est parfaitement susceptible de s'incorporer dans une œuvre. Il ne faut pas confondre intérêt collectif et intérêt public ou général. Que la fondation ait nécessairement à sa base un intérêt collectif, cela est incontestable; sans cet intérêt collectif, la fondation ne se personnifierait pas. On ne saurait admettre, avec M. Planiol (189), l'existence de fondations créées dans un intérêt purement individuel et égoïste, comme les prétendues fondations de messes. Mais, qu'il se meuve dans une sphère de Droit privé telle que la famille ou dans une sphère de Droit public telle que l'Etat ou la commune, tout intérêt collectif est apte à se concrétiser dans une fondation, pourvu qu'il soit suffisamment détaché des intérêts individuels des parties, ce qui exclut l'intérêt collectif engendré par les groupements à but patrimonial. Les fondations de bourses dans les familles répondent, quoiqu'on en ait douté (190), à la nature juridique de la fondation, et l'analogie est frappante avec la dotalité. Dans les deux cas, il s'agit d'une œuvre d'intérêt privé, dont le bénéfice ne sort pas du cercle familial; dans les deux cas, l'œuvre poursuit des fins suffisamment extérieures à l'intérêt individuel de l'auteur de la fondation (c'est-à-dire, touchant la dot : de l'épouse ou du tiers constituant), suffisamment lointaines pour être idéales; dans les deux cas, enfin, à côté d'un intérêt principal d'ordre privé, l'œuvre met en jeu un intérêt accessoire d'ordre public, car le progrès des études et la stabilité des fortunes dans une famille particulière profitent également au pays tout entier (191).

(189) Planiol, *Traité élémentaire*, III, n° 3331.

(190) Comp. Coquet, *op. cit.*, n° 8.

(191) C'est ainsi que des législations étrangères ont reconnu expressément la possibilité de créer des fondations de famille (Familienstiftungen). V. pour le droit allemand : Radulesco, *La fondation privée dans le droit allemand*, thèse Paris, 1924, p. 170-177, et, pour le droit suisse : Curti-Forrer, *Commentaire du Code civil suisse* (traduction Porret, 1912), sur

Nous en avons maintenant assez dit pour justifier la notion de fondation dotale ⁽¹⁹²⁾; le patrimoine dotal fait l'objet d'une affectation perpétuelle, ou plutôt indéfinie, à l'intérêt collectif et permanent de la famille.

B. — FONDATION DOTALE ET SOCIÉTÉ CONJUGALE

La fondation dotale, comme toute fondation, est une personne morale. Cette personne morale, indépendante de tout groupement de personnes, doit être essentiellement distinguée de la personne morale que constitue, sous le régime dotal, le groupement des époux en ménage ou société conjugale. Il n'empêche que des relations s'établissent forcément entre ces deux personnes morales. D'ordinaire, comme on le sait, les fondations se rattachent plus ou moins étroitement, sans s'y absorber, à des personnes morales déjà existantes, qui leur prêtent en quelque sorte leur organisation. Telle nous paraît bien être la nature du rapport qui unit la fondation dotale à la société conjugale : celle-ci prête à celle-là l'organisation juridique, sans laquelle les intérêts collectifs ne montent pas à la personnalité morale ⁽¹⁹³⁾. L'organe de la société conjugale, le

l'art. 333, note 1, et Rossel et Mentha, *Manuel de droit civil*, 2^e éd., 1922, I, n^o 732. — Observons, tant cela vient à l'appui de nos développements, que, pour les juristes suisses, si la famille en tant que telle n'est pas un sujet de droit, les fondations de famille sont incontestablement des personnes morales.

(192) Cette notion semble avoir été parfaitement conçue à l'étranger. C'est ainsi que Roguin, en Suisse, et — avant lui, comme il le rapporte — Chironi, en Italie, ont fait un rapprochement en forme entre la dot et les fondations privées (Roguin, *Traité de droit civil comparé : Le régime matrimonial*, n^o 669).

(193) C'est faute de cette organisation que le bien de famille insaisissable, tel que l'a instauré la loi du 12 juillet 1909, ne se personnifie pas dans notre Droit, quoiqu'il tende à réaliser l'intérêt collectif de la famille. Au contraire, les jurisconsultes américains considèrent (cela est très suggestif) le homestead comme la propriété d'un être moral, qui est le ménage (V. Bureau, *Le homestead*, p. 113-116). Dès avant 1909, du reste, on avait comparé le homestead au fonds dotal (Baudry-Lacantinerie, *Le Courtois et Surville*, III, n^o 1666), mais l'exactitude de ce rapprochement

mari, est en même temps l'organe de la fondation dotale (art. 1549), sous cette réserve que, d'après la jurisprudence, le contrat de mariage peut placer la femme à la tête de ladite fondation (194).

Cependant, une objection se précipite sur les lèvres : nous avons vu dans la fondation dotale une œuvre à fins désintéressées et idéales; or, précédemment, prenant parti sur la notion de bénéfice, nous avons fait du régime dotal un groupement à but intéressé, une société civile; n'y a-t-il pas contradiction ? Pas du tout. On discute si une association déclarée peut, dans notre Droit positif, assurer le fonctionnement d'une fondation (195). En tout cas, il ne nous semble pas douteux qu'une société civile est apte à jouer ce rôle. Cela a été jugé par la Cour de cassation dans la fameuse affaire de l'Hospice de Finestret (196). Il est inutile de s'arrêter aux critiques nombreuses que cet arrêt a soulevées, notamment de la part de M. Lévy-Ullmann. Ces critiques, en effet, se comprennent assez bien en ce qu'elles font ressortir les dangers auxquels pourrait donner lieu, dans la pratique, une prolifération trop facile des fondations privées, mais elles ne sauraient atteindre la fondation dotale, qui, depuis longtemps prévue et organisée par la loi, est à l'abri du soupçon de mainmorte. Ce qui importe pour nous, c'est la possibilité théorique, admise par l'arrêt Hospice de Finestret, de faire fonctionner une fondation au moyen d'une société civile. Cette possibilité n'a, d'ailleurs, rien de surprenant si l'on se rappelle la souplesse de la notion de société, conséquence de l'interprétation large de la notion de bénéfice. La fondation

avait été contestée (Barlin, *Les actions dotales*, loc. cit., p. xi, xii; Eyquem, *Le régime dotal*, n° 630).

(194) V. plus haut, p. 174, note 107.

(195) V. dans le sens affirmatif, Coquet, *op. cit.*, n° 177.

(196) Cass. civ., 12 mai 1902, sur les conclusions conformes du procureur général Beaudouin, S., 1903. I. 137, note Lévy-Ullmann; D., 1902. I. 423.

poursuit des fins idéales; l'auteur de la fondation agit dans une vue désintéressée, mais la société civile, qui assume la charge de créer et de maintenir l'organisation de la fondation, entend trouver, dans ce développement de son activité, comme aussi dans la proximité de la nouvelle personne morale, l'occasion de se procurer des avantages d'ordre économique. On entrevoit, dès lors, comment le régime dotal allie harmoniquement deux personnes morales : le ménage, société civile, pourvoit, par son organisation, au fonctionnement de la fondation dotalale personnifiée (197).

§ 2. — *Le fonctionnement de la fondation dotalale personnifiée.*

La fondation dotalale agira par son organe, le mari. La réglementation de cette activité ne suscite guère de difficultés. Toutefois, comme la notion de fondation dotalale recouvre la théorie de la dotalité-indisponibilité réelle et rejette la théorie de la dotalité-incapacité, on admettra, contrairement à l'opinion reçue, que l'aliénation irrégulière d'un bien dotal est frappée de nullité absolue, et non de nullité relative (198). D'autre part, en se plaçant non plus du côté de l'œuvre, mais du côté de ses bénéficiaires, les divers membres de la famille, encore indéterminés, pour la plupart, au moment où l'œuvre est créée par le contrat de mariage, on constate que, conformément

(197) On remarquera que, lorsqu'une société d'acquêts est adjointe au régime dotal (art. 1581), il n'existe pas, pour autant, trois personnes morales : deux sociétés et une fondation. Il y a une seule société conjugale, parce que l'intérêt collectif du ménage est nécessairement un. Il faut donc admettre que la société d'acquêts absorbe, dans sa structure et dans son mécanisme, la société plus rudimentaire constituée par le régime dotal.

(198) En ce sens, Mongin, *Revue critique*, 1886, p. 170. — Comp. p. 185, note 439.

au droit commun (199), ils n'ont pas, même une fois déterminés, d'action pour réclamer à leur profit l'exécution des charges de la fondation. C'est ainsi que l'établissement des enfants rentre dans la sphère d'activité de la fondation dotale (art. 1555-1556), mais que les enfants n'ont pas d'action pour en obtenir le bénéfice (art. 204).

Nous voudrions mettre ici en relief quelques aspects, parfois déconcertants, du fonctionnement de la dotalité, où apparaît, de façon indubitable, le jeu des deux personnes morales, évoluant sur la scène juridique au milieu des deux personnes physiques des époux. Telle est, d'abord, la question de l'indivision entre dotalité et paraphernalité. Voici l'hypothèse. Il peut advenir (en dehors du cas de la dot incluse) qu'un immeuble soit pour partie dotal et pour partie paraphernal (200). Cette situation laisse de nombreux intérêts en suspens : qui aura l'administration et la jouissance du bien ? pourra-t-il être aliéné ? les créanciers paraphernaux pourront-ils le saisir ? Pour sortir de cette indécision, il n'y a pas d'autre moyen que de procéder à la licitation, si l'immeuble est impartageable en nature. Mais alors les auteurs sont déroutés : « Il peut paraître étrange, déclare Baudry-Lacantinerie (201), qu'il soit ainsi procédé à un partage ou à une licitation, là où il n'y a qu'un propriétaire... Il s'agit ici de faire opérer un classement juridique des biens de l'épouse. Les créanciers ont, dès lors, le droit de faire déterminer contradictoirement avec elle et son mari la partie saisissable, afin de

(199) Planiol, *Traité élémentaire*, III, n° 3340. — Comp. Lyon, 29 avril 1853, S., 53. 2. 347.

(200) V. des exemples concrets, résolus par des expédients divers, dans la jurisprudence suivante : Cass. civ., 21 mai 1873, S., 74. 1. 121, avec une note critique de M. Lyon-Caen; Riom, 5 févr. 1834, *Journal du Palais*, 42. 2. 123; Rouen, 8 août 1850, S., 51. 2. 704; Pau, 12 août 1868, S., 68. 2. 299, ainsi que dans l'espèce rapportée par M. Planiol, après consultation, *Revue critique*, 1886, p. 303-317. — Comp. Cass. civ., 17 nov. 1903, S., 1903. 1. 121, note Naquet.

(201) Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, III, nos 1688 et 1728.

pouvoir exercer leur saisie sur cette partie (arg. d'analogie de l'art. 2205). » Cette idée de classement juridique fait connaître le résultat, mais non la procédure de l'opération. La difficulté subsiste toujours : il faut à la femme un contradicteur. C'est alors que d'aucuns proposent de faire nommer par le tribunal un curateur chargé de représenter la partie dotale de l'immeuble. Or, le point névralgique est là. « On se paye de mots, remarque Planiol, quand on parle de faire représenter la dot par ce curateur. La dot n'est qu'un ensemble de biens. Or le curateur ne représente pas des choses, mais une ou plusieurs personnes. Le curateur d'une succession vacante représente l'héritier inconnu qui réclamera peut-être plus tard cette succession pour le moment abandonnée. A tout le moins, il défend les intérêts des créanciers héréditaires, qui n'ont pas d'autre gage que l'actif administré par lui. Il en est de même du curateur d'une succession bénéficiaire, dont les intérêts sont en conflit avec ceux de l'héritier. L'un et l'autre sont, comme des syndics de faillite, les représentants d'une masse de créanciers. Le tuteur d'une substitution prend en main les intérêts des appelés, qui ont sur les biens substitués à leur profit des droits distincts de ceux du grevé... Dans toutes ces hypothèses, il y a *dualité de personnes*. » (202). En réalité, aucun expédient ne permet de résoudre le problème. On ne peut rendre compte de la situation qu'en faisant apparaître la société conjugale et la fondation dotale comme deux sujets de droit distincts des personnes des époux. La femme, titulaire de la partie paraphernale de l'immeuble, se trouve en indivision avec la fondation dotale et même, quant à la jouissance, avec la société conjugale. On est bien en présence d'un état d'indivision, caractérisé par la pluralité essentielle des sujets de

(202) Planiol, article précité, p. 309.

droit ⁽²⁰³⁾. Cet état prendra fin par un partage de droit commun, où les deux personnes morales, dont les intérêts sont en conflit avec ceux de l'épouse, figureront en la personne de leur organe (qui est normalement le mari), selon les principes généraux de la représentation.

La théorie jurisprudentielle de la dot incluse, résultante de la notion de subrogation réelle appliquée à la dotalité, concourt à donner à la dot sa physionomie de fondation. Mais cette théorie n'est pas par là complètement élucidée. En effet, le mécanisme pratique de la subrogation réelle se traduit, en l'espèce, par un droit de prélèvement conféré à la femme sur le prix de l'immeuble paraphernal représentant la dot. C'est ce qui résulte d'un arrêt de la Cour de cassation du 1^{er} décembre 1857, l'arrêt Cramausse ⁽²⁰⁴⁾. Quelle est la nature spécifique de ce droit de la femme ? Les auteurs ne s'en préoccupent guère, captivés qu'ils sont par le problème de la légalité de la théorie jurisprudentielle. On a cependant soutenu que ce droit, quant à ses effets, constituait un véritable privilège ⁽²⁰⁵⁾; mais, dans le silence des textes, une telle solution ne paraît pas défendable, car le privilège, au sens technique, est une émanation de la loi. Il vaut mieux dire, avec M. Bonnecase, que le droit de la femme dotale est un droit de créance chirographaire à gage individualisé ⁽²⁰⁶⁾. A côté des créances chirographaires ordinaires, à gage général ou indéterminé, qui portent sur l'ensemble du patrimoine du débiteur, il existe des créances chirographaires à gage spé-

(203) Comp. Gazin, thèse précitée, p. 285. — M. Gazin, suivant son système général, se contente de conclure à l'existence autonome du patrimoine dotal; il ne parle pas de personnalité morale. Mais, chez lui comme chez tant d'autres défenseurs de la théorie du patrimoine d'affectation, ce n'est là, au fond, qu'une différence de mot.

(204) Cass. civ., 1^{er} déc. 1857, S., 58, 1. 237.

(205) Regnault, *Etude critique de la jurisprudence relative à la représentation de valeurs dotales par des paraphernaux*, thèse Paris, 1894, p. 110 et suiv.

(206) Bonnecase, *Supplément au Traité de Baudry-Lacantinerie*, V, n^{os} 256-261.

cialisé. Celles-ci se subdivisent elles-mêmes en créances chirographaires à gage déterminé, c'est-à-dire ayant pour garantie une quote-part de patrimoine, dont la prise de possession s'effectue sous la forme d'un prélèvement, et en créances chirographaires à gage individualisé, c'est-à-dire ayant pour garantie un bien déterminé du patrimoine du débiteur ou d'un tiers, qui assure le paiement de la créance soit sous la forme d'un droit de rétention, soit sous la forme d'un prélèvement (207). C'est dans cette dernière catégorie que rentre la créance de la dot incluse; cette créance a pour gage une quote-part de la valeur de l'immeuble paraphernal, déterminée par le chiffre même de la valeur dotale incluse. Mais une difficulté inaperçue surgit alors : la femme est une créancière à gage individualisé, soit; seulement toute créance suppose un débiteur; ici qui est débiteur ? La question se pose avec une acuité particulière lorsque, l'immeuble paraphernal ayant été saisi par les créanciers de la femme, celle-ci produit à l'ordre et obtient d'être colloquée par préférence sur le prix pour le montant de la dot incluse. La situation ne manque pas de bizarrerie, puisque la femme y apparaît comme sa propre débitrice. Dans l'hypothèse où le bien paraphernal renfermant une valeur dotale a été aliéné, le problème n'est pas différent. La femme peut poursuivre l'acquéreur jusqu'à concurrence de la valeur dotale incluse. Mais il est difficile de considérer comme débiteur de la femme l'ayant cause dont le titre est parfait, acheteur ayant versé son prix ou donataire régulièrement gratifié. A vrai dire, c'est encore la femme qui est débitrice, l'acquéreur n'est tenu que comme tiers détenteur. L'énigme se présente donc dans les mêmes termes : comment l'épouse peut-elle avoir une créance contre elle-même ? Notre réponse est simple : ce n'est pas la femme qui a contre elle-même un droit de

(207) Bonnecase, *Supplément*, V. nos 329 et suiv.

créance garanti par son immeuble paraphernal, c'est la fondation dotale, représentée par la femme titulaire des actions dotales après la séparation de biens (hypothèse ordinaire où joue la théorie de la dot incluse), représentée par le mari dans les autres cas. La jurisprudence a donné à la fondation dotale un moyen efficace d'assurer la permanence de son affectation. La fondation dotale a contre la femme, pour obtenir le paiement de la valeur dotale qui lui est due, une créance chirographaire fortifiée par la spécialisation de son gage sur le bien paraphernal. Mais dire que la fondation dotale est créancière de l'épouse, c'est reconnaître que cette fondation est un sujet droit, c'est avouer sa personnalité morale ⁽²⁰⁸⁾. Telle est bien la conséquence ultime de la théorie de la dot incluse ⁽²⁰⁹⁾.

(208) Comp., mais toujours jusqu'à l'idée de personnalité morale exclusivement, Gazin, thèse précitée, p. 287.

(209) A d'autres points de vue encore, le fonctionnement de la dotalité fait apparaître une personne morale distincte. Ainsi, il est admis que la femme peut cautionner l'aliénation de l'immeuble dotal. C'est doubler la personnalité de l'épouse, a-t-on objecté (Huc, IX, n° 488) : non ; en réalité, la femme, agissant en son nom personnel, cautionne une obligation qui a été contractée par la fondation dotale (comp. Gazin, p. 286). De même, on décide que, si une femme dotale tombe en faillite, ses créanciers (chirographaires ou hypothécaires) antérieurs au mariage peuvent produire à la fois sur le prix des biens dotaux (qui est leur gage exclusif) et dans la faillite ; on ajoute que, votant au concordat, ils n'encourent point la déchéance prévue par l'article 508 C. com. — « (Ces créanciers), remarque Thaller (*De la faillite des différents commerçants*, *Revue critique*, 1883, p. 149), seront donc comparables à ceux qui ont, à côté du failli, une caution débitrice, ou mieux, à ceux envers qui un tiers aurait constitué une hypothèque sur ses biens pour garantir les obligations du commerçant. » Il y a bien, en effet, un tiers dans l'affaire ; et ce tiers, c'est la fondation dotale personnifiée.

CHAPITRE IV

LA NATURE JURIDIQUE DU RÉGIME EXCLUSIF DE COMMUNAUTE

Nos brefs développements suivront ici un plan particulier, nécessité par la physionomie spéciale du problème.

SECTION PREMIERE

LA NATURE JURIDIQUE DU RÉGIME EXCLUSIF DE COMMUNAUTÉ DEVANT LA DOCTRINE

Parmi les divers types de régimes matrimoniaux, le régime exclusif de communauté a toujours fait figure de parent pauvre. Négligé par les jurisconsultes de l'ancien Droit⁽¹⁾, réglé sommairement par le Code en appendice à la communauté⁽²⁾, enfin jouissant de peu de faveur dans la pratique, on ne s'étonnera pas qu'il ait donné lieu, quant à sa nature juridique, à des explications plus ternes encore que les régimes précédents.

(1) Pothier le traitait comme une simple clause modificative de la communauté coutumière (*Communauté*, nos 461-463).

(2) On sait que, d'après son plan, le Code civil considère les « conventions exclusives de la communauté » comme l'exaspération de la communauté conventionnelle et admet deux catégories de ces conventions : la clause portant que les époux se marient sans communauté et la clause de séparation de biens. Cette classification irrationnelle, où l'exclusion de communauté et la séparation de biens disparaissent en grande partie en tant que types autonomes de régimes, a été critiquée notamment par Duranton (XIV, nos 73-75) et par Laurent (XXIII, n° 411).

A vrai dire, le régime sans communauté fut l'occasion d'une controverse mémorable qui passionna l'Ecole de l'Exégèse. Mais cette controverse, dont il conviendra d'apprécier la portée, ne visait que les rapports externes de l'exclusion de communauté avec la communauté conjugale et le régime dotal. Envisagé en lui-même, notamment du point de vue de la notion de société, le régime exclusif de communauté ne suscita chez les Exégètes qu'une attitude négative. La définition d'Aubry et Rau est classique : « Lorsque les futurs époux ont déclaré se marier sans communauté, chacun d'eux conserve la propriété de son patrimoine. *Il ne s'établit entre eux aucune société de biens*, leurs dettes restent séparées, et les acquisitions que l'un d'eux fait pendant le mariage à un titre quelconque lui demeurent propres, sans que l'autre puisse y réclamer aucune part. »⁽³⁾. En réalité, ici encore, le problème de la nature juridique du régime n'a été aperçu qu'à travers la question secondaire des droits du mari sur les biens de la femme, et cette dernière question a été résolue dans le même sens qu'en matière de régime dotal, bien qu'avec beaucoup moins de discussions. Sous le régime sans communauté, l'époux a l'administration et la jouissance du patrimoine de la femme; aucun auteur n'en doute, et tous s'en tiennent là⁽⁴⁾. Laurent révèle admirablement cet état

(3) Aubry et Rau, VIII, § 531. — Comp. Guillouard, n° 1634 : « ...Comme son nom l'indique, (la clause) exclut toute communauté, toute société de biens entre les époux. »

(4) Toullier, XIV, n° 20; Duranton, XV, n° 258; Demante et Colmet de Santerre, VI, n° 199 *bis*; Troplong, III, nos 2236-2237; Marcadé, VI, sur l'article 1330, n° II; Aubry et Rau, *loc. cit.*; Guillouard, III, n° 1639; Rodière et Pont, III, n° 2064 (« Le caractère distinctif des époux qui se marient sans communauté, déclarent les deux auteurs, est que le mari a la jouissance de tous les biens de sa femme, sans que ces biens cessent d'être aliénables »); Odier, II, nos 944 et suiv.; Baudry-Lacantinierie, Le Courtois et Surville, III, n° 1439; Huc, IX, n° 399 (Le mari « est assimilé à un usufruitier sans, néanmoins, que son droit puisse constituer à son profit un démembrement de la propriété »).

d'esprit par l'analyse desséchante sous laquelle il cherche à désagréger la nature juridique du régime : « La loi, écrit-il, ne définit pas cette clause; *il est inutile d'en donner une définition de théorie*, mieux vaut déterminer les caractères du régime : 1° il n'y a pas de communauté; 2° le mari est administrateur des biens de la femme; 3° il en a l'usufruit; 4° il supporte les charges du mariage; et 5° les biens dotaux de la femme sont aliénables. » (5).

Les mêmes tendances persistent dans la doctrine contemporaine. « Chacun des époux, disent MM. Planiol, Ripert et Nast, conserve pour lui la propriété de tout son patrimoine et il ne s'établit entre eux aucune société de biens. » (6). Cette négation est en quelque sorte passée à l'état de dogme (7).

Nous ne nous attarderons pas à la réfuter, parce qu'il

(5) Laurent, XXIII, n° 412.

(6) Planiol, Ripert et Nast, II, n° 989. — Comp. Planiol, *Traité élémentaire*, III, n° 1449.

(7) Colin et Capitant, III, p. 244; Josserand, *Cours de Droit civil positif français*, III, n° 504 : « (Le régime sans communauté) est exclusif d'une société de biens. »

Il convient, toutefois, de signaler un petit courant doctrinal qui tend à ramener le régime exclusif de communauté vers la notion de société par l'intermédiaire de l'idée de communauté conjugale. Il s'agit de ce que l'on pourrait appeler le système des gradations insensibles. Dans ce système, on part de certains types de communauté conventionnelle, tels que le forfait de communauté. Le forfait de communauté affaiblit singulièrement l'idée communautaire; il n'en contient pas moins, comme disait Lebrun (*Communauté*, livre III, chap. v, n° 11), « une image de communauté ». Si l'on passe à la clause d'attribution de toute la communauté à l'un des époux, l'idée communautaire paraît s'affaiblir davantage encore; on continue, pourtant, à être en présence d'une convention de communauté. Enfin, une dernière transition imperceptible conduit de l'attribution exclusive à l'exclusion pure et simple (comp. Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, II, n° 1446) : dans l'exclusion de communauté, l'idée communautaire devient plus ténue que jamais; mais il y a toujours une sorte de communauté subjacente. Dans cette gradation de clauses, aux nuances fondues, il est impossible de fixer le point où la communauté finit. Le raisonnement, qui a peut-être le tort d'évoquer par trop le fameux sophisme du tas, a été souvent formulé; il ne l'a guère été, cependant, que d'une manière incidente (V. ainsi Thaller, *De la faillite des différents commerçants*, *Revue critique*, 1883, p. 54).

serait oiseux de discuter le néant. Nous nous bornerons à faire remarquer que, pas plus que le régime dotal, le régime exclusif de communauté ne se traduit, dans sa nature juridique, par une constitution d'usufruit⁽⁸⁾. Les articles 1530 à 1535 ne disposent nullement que le mari devient usufruitier des biens de la femme. D'ailleurs, les auteurs sont bien obligés de le reconnaître, le droit du mari présente des caractères tellement spéciaux qu'il n'a que la ressemblance la plus lointaine avec l'usufruit⁽⁹⁾. Pour nous, ici encore, l'explication est très simple : du fait de l'adoption du régime sans communauté, les biens de la femme ne sont pas soumis à l'usufruit du mari, ils sont placés dans la même condition juridique que les biens apportés en jouissance à une société ordinaire⁽¹⁰⁾.

SECTION II

SOLUTION PROPOSÉE SUR LA NATURE JURIDIQUE DU RÉGIME EXCLUSIF DE COMMUNAUTÉ

On devine déjà que la nature juridique de ce régime se traduit par les notions de société et de personne morale.

En effet, tous les éléments constitutifs de la société s'y trouvent rassemblés. L'apport de la femme se ramène à l'idée de dot. « La clause portant que les époux se

(8) C'est, cependant, à cette notion d'usufruit que recourt expressément, esclave de la tradition, un arrêt de la Cour d'appel d'Agen du 26 octobre 1927 (D., 29. 2. 424, note critique de M. Plassard) pour traduire la nature juridique du régime exclusif de communauté.

(9) Planiol, Ripert et Nast, II, n° 997 : « Ce droit n'est pas, à proprement parler, un usufruit ; c'est un droit analogue au droit de jouissance de la communauté sur les propres des époux ou à celui des père et mère sur les biens de leurs enfants mineurs : comme ceux-ci, il a une affectation spéciale. ». — Comp. Plassard, note au D., 1929. 2. 423, col. 2.

(10) La comparaison précitée de M. Gény entre l'apport en mariage et l'apport à association vise le régime exclusif de communauté comme le régime dotal ; elle appelle donc ici les mêmes réserves.

mariant sans communauté ne donne point à la femme le droit d'administrer ses biens, ni d'en percevoir les fruits : *ces fruits sont censés apportés au mari pour soutenir les charges du mariage.* » (Art. 1530.) L'épouse apporte donc en jouissance à la société conjugale tous ses biens présents et à venir, à l'exception des produits d'un travail séparé depuis la loi du 13 juillet 1907 ⁽¹¹⁾. Quant au mari, son apport consiste, suivant les cas, soit dans l'intégralité ou une fraction de ses revenus, soit simplement dans son crédit; tout dépend des besoins changeants du ménage.

Ici, il est permis d'interrompre l'énumération. Est-il nécessaire de démontrer, dans le régime exclusif de communauté, l'existence de la notion de bénéfice et de l'*affectio societatis* ? de prouver que la société civile, incluse dans ce régime, doit, pour concrétiser l'intérêt du ménage, être reconnue comme une personne morale ? *Est-ce que tout cela n'a pas déjà été fait à l'occasion du régime dotal ? Est-ce qu'il y a une différence, abstraction faite de l'inaliénabilité dotale, entre le régime sans communauté et la dotalité universelle ?* On touche du doigt une question qui fut célèbre.

(11) Sur ce point, avant 1907, le système le plus répandu était le suivant : la femme ne pouvait rien réclamer à raison des produits de son travail dépensés au jour le jour pour les besoins du ménage; mais les économies qu'elle réalisait là-dessus lui appartenaient en propre, sauf au mari à en avoir la jouissance (Baudry-Lacantinerie, *Le Courtois et Surville*, III, n° 1464, et les références; Lyon-Caen et Renault, *Traité*, I, n° 264). Il y avait cependant des dissidences (V. par ex. Laurent, XXIII, n° 433). Dans une hypothèse qui garde son intérêt aujourd'hui, parce qu'il s'agissait d'œuvres écrites en *collaboration* avec le mari, la Cour de Paris avait même décidé, par l'arrêt V^o Michelet (Paris, 18 mai 1874), que les bénéfices pécuniaires résultant de la propriété littéraire étaient les fruits d'un capital et appartenaient au mari. V. sur cet arrêt, Palmade, *La propriété littéraire et artistique et les régimes matrimoniaux*, thèse Bordeaux, 1909, n°s 223-231.

SECTION III

LES RAPPORTS DU RÉGIME EXCLUSIF DE COMMUNAUTÉ

ET DU RÉGIME DOTAL

QUANT A LEUR NATURE JURIDIQUE

Au siècle dernier, Zachariae⁽¹²⁾, et surtout Rodière et Pont⁽¹³⁾, affirmèrent, sous réserve de l'inaliénabilité dotale (réserve expressément énoncée par l'article 1535), l'identité foncière du régime sans communauté et du régime dotal avec constitution de tous biens présents et à venir, et ils en conclurent que la réglementation sommaire du premier pouvait être complétée par des emprunts à la réglementation plus détaillée du second. Cette opinion, vivement combattue en doctrine, notamment par Aubry et Rau⁽¹⁴⁾ et par Troplong⁽¹⁵⁾, reste aujourd'hui encore écrasée sous le poids d'un argument qui paraît topique⁽¹⁶⁾ : le régime sans communauté a une origine coutumière, le régime dotal une origine romaine; issus de sources historiques différentes, ces deux régimes ne sauraient converger sur le terrain de la codification. Le régime exclusif de communauté n'est autre chose, dit-on, que la communauté conjugale sans fonds commun; on doit lui appliquer, dans le silence de la loi, les règles de la communauté. La Cour de cassation s'est inspirée de cette théorie, dans l'arrêt Trémolières, du 2 mai 1906, en étendant aux récompenses entre époux sous le régime sans communauté le mode de calcul de l'article 1437⁽¹⁷⁾.

(12) Zachariae, IV, § 632, deuxième règle d'interprétation.

(13) Rodière et Pont, III, nos 2064-2082.

(14) Aubry et Rau, VII, § 499, deuxième règle d'interprétation.

(15) Troplong, III, nos 2234 et 2235.

(16) Planiol, *Traité élémentaire*, III, n° 1424. Comp. Plassard, note au D., 1929. 2. 122.

(17) Cass., req., 2 mai 1906, S., 1909. 1. 17, note Wahl; D., 1906. 1. 401.

N'en déplaise à toutes ces autorités, il semble que Rodière et Pont avaient raison, en principe. Dans tous les domaines du Droit privé, la conception organique doit avoir le pas sur la conception historique. La codification a eu pour but et pour effet de soustraire les régimes matrimoniaux à l'étreinte de l'histoire. D'ailleurs, personne n'hésite à confondre l'esprit romain et l'esprit coutumier, quand il s'agit de soumettre la paraphernalité générale aux règles de la séparation de biens; pourquoi n'en serait-il pas de même ici ?

En réalité, si l'on se donne la peine d'approfondir le régime exclusif de communauté quant à sa nature juridique, son identité de structure anatomique avec le régime de dotalité universelle apparaît comme évidente⁽¹⁸⁾ : étendue et condition juridique des apports, objectif économique poursuivi, critérium de l'*affectio societatis*, tout est pareil; *dans les deux cas, on est en présence d'une société civile, dotée d'une personnalité morale restreinte*, ce qui nous dispense de répéter ici les développements du précédent chapitre. La seule différence vient de ce que, sous l'exclusion de communauté, la femme conserve la nue propriété de ses biens et ne la fait pas entrer dans le patrimoine d'une seconde personne morale, distincte du ménage. Il ne faut pas dire que le régime sans communauté est la communauté conjugale moins le fonds commun, expression absurde, car, en dehors du fonds commun, la

note P. Binet. Au contraire, dans l'arrêt précité, la Cour d'Agen se refuse à étendre l'article 1479 au régime sans communauté et décide que, sous ce régime, les intérêts des reprises courent du jour de la dissolution, en vertu des règles de l'usufruit.

(18) On sait que la « communauté d'administration » (*Verwaltungsgemeinschaft*), dont le Code civil allemand a fait le régime légal, a beaucoup d'analogie avec notre régime exclusif de communauté. Il est, dès lors, significatif que Stobbe la qualifie « modifiée Totalsystem » et se livre à une comparaison en forme entre elle et le régime dotal romain (*Handbuch des deutschen Privatrechts*, IV, p. 190-192).

communauté n'est que néant ⁽¹⁹⁾ : l'exclusion de communauté est le régime dotal moins la fondation dotale, ou, si l'on préfère, le régime dotal est l'exclusion de communauté plus cette fondation. Dans la mesure où il y a identité de structure, il devrait y avoir identité de fonctionnement. En fait, les auteurs, en refusant d'étendre la réglementation d'un régime à l'autre, accumulent les oppositions de détail. Parmi ces oppositions, il n'en est qu'une qui intéresse la nature juridique du régime sans communauté ⁽²⁰⁾. La théorie de l'insaisissabilité des revenus de la dot ne s'appliquera pas à ce régime ⁽²¹⁾, de sorte que la préférence des créanciers de la société conjugale ne sera plus assurée que par le jeu nécessairement imparfait des privilèges généraux. Cela se comprend si cette théorie est une simple déduction de l'inaliénabilité dotale; mais si, comme nous le croyons, elle n'est, du moins dans sa principale partie, qu'une conséquence de la personnalité morale du ménage, la solution contraire devra être admise sans hésitation.

(19) C'est même l'inverse qui est exact : la communauté conjugale est, au fond, le régime exclusif de communauté plus le fonds commun.

(20) La plus importante de ces oppositions a trait à l'exercice des actions immobilières pétitoires, que l'opinion dominante dénie à l'époux, sous le régime sans communauté, contrairement à l'article 1549 et par application de l'article 1428. Mais, en dépit des apparences, cela ne touche pas la nature juridique de la société conjugale : du moment que, sous ce régime, la femme garde intégralement la nue propriété de ses biens, l'exercice des actions pétitoires ne peut concerner le mari qu'en tant qu'administrateur du patrimoine d'une incapable, non en tant qu'organe d'une personne morale.

(21) Comp. Solus, article précité, *Revue trimestrielle*, 1920, p. 14.

CHAPITRE V

LA NATURE JURIDIQUE DE LA COMMUNAUTE CONJUGALE

Quant on étudie la nature juridique des précédents régimes matrimoniaux, on a assez souvent l'impression de s'avancer dans une sorte de désert doctrinal. A aucun moment, une telle impression ne sera de mise au cours du présent chapitre : le problème de la nature juridique de la communauté conjugale n'a pas cessé, depuis un siècle, d'être le lieu des controverses les plus directes et les plus ardentes. Cela influencera forcément la longueur des développements qui vont suivre.

SECTION PREMIERE

LA NATURE JURIDIQUE DE LA COMMUNAUTÉ CONJUGALE DEVANT LA DOCTRINE ET LA JURISPRUDENCE

Dans un premier paragraphe, nous retracerons, d'une façon sommaire et purement descriptive, l'évolution des conceptions doctrinales et jurisprudentielles de 1804 à nos jours. Un second paragraphe sera consacré à l'examen critique des diverses théories proposées.

§ 1. — *Etude descriptive de l'évolution des conceptions doctrinales et jurisprudentielles, de 1804 à nos jours, touchant la nature juridique de la communauté conjugale.*

I. — La doctrine.

Dès les premiers temps qui suivirent la promulgation du Code, le problème de la nature juridique de la commu-

nauté fut abordé sous l'angle de la notion de personnalité morale. Seulement, ce que l'on ne remarque pas assez, c'est que les commentateurs, sous l'influence pénétrante de la classification législative, y furent conduits par une voie détournée : celle des modes d'acquérir. C'est ainsi que Proudhon et Delvincourt en vinrent à ériger la communauté en une personne morale afin de donner un support à l'usufruit qui, d'après l'article 1401-2°, se détache des biens personnels des époux ⁽¹⁾. L'usufruit engendra l'usufruitier, l'être moral. Toullier dirigea contre la théorie de Proudhon les attaques les plus acerbes, mais il ne « dépatrimonialisa » pas la question, et proposant à son tour une solution positive, il alla dans la voie des modes d'acquérir jusqu'au fond du paradoxe : la communauté propriété exclusive du mari ⁽²⁾. Cette solution, développée sur un ton tranchant et dogmatique, provoqua dans la doctrine de l'époque un véritable remous ⁽³⁾. Duranton, admettant l'existence d'un être moral, toujours à cause de l'usufruit, réfuta Toullier point par point ⁽⁴⁾. Une réfutation aussi solide devait enrayer définitivement les progrès ouverts de cette conception paradoxale ⁽⁵⁾, mais elle ne put, tant l'Exégète rennais avait d'autorité, en empêcher l'infiltration sourde dans les esprits, infiltration dont on

(1) Proudhon, *Usufruit*, I, n° 279; Delvincourt, I, p. 328 (éd. de 1813).

(2) Toullier, XII, nos 80 et suiv.

(3) V. sur le tome XII de Toullier, le compte rendu de Demante dans la *Thémis*, 1826, p. 173. Toullier trouva également un adversaire tenace en la personne de l'un de ses concitoyens, Le Guével, qui, sous cette obsession perpétuelle de la notion d'usufruit, soutint contre lui la théorie de l'être moral (*Dissertation sur l'article 383 du Code civil et réfutation de la doctrine de M. Toullier sur une question née de cet article*, Rennes, 1819, et *Lettre à M. Toullier... sur quelques erreurs énoncées dans le Tome XII du Cours de Droit français, relatives à la communauté des époux*, 1828).

(4) Duranton, XIV, n° 96.

(5) La théorie de Toullier n'enregistra d'autre adhésion formelle que celle de Championnière et Rigaud, *Traité des droits d'enregistrement*, IV, n° 2835.

notera plus d'une trace chemin faisant. Malgré ces divergences, personne, même Toullier, ne contesta que la communauté conjugale fût une société : Pothier l'avait ainsi définie, et ses successeurs ressassèrent sa définition, sauf à appuyer plus ou moins sur le caractère exorbitant de cette société (6). En somme, ce qui domine le problème de la nature juridique de la communauté, durant cette première période, c'est uniquement l'antagonisme théorie de Toullier-théorie de l'être moral (7); la théorie de l'indivision, appelée à une vogue si grande, n'apparaît pas encore.

Il semble bien que ce soient Aubry et Rau qui, peut-être par simple fidélité à Zachariæ (8), aient introduit la théorie de la communauté-indivision dans la science juridique française. Repoussant également la conception de Toullier et celle de Duranton, ils en arrivent à émettre cette idée que la communauté conjugale est une société universelle recouvrant, comme toutes les sociétés civiles, une indivision soumise à des règles spéciales (9). La même idée est reprise par Battur, dans une monographie consacrée à ce type de régime matrimonial (10). Rodière et Pont ont une attitude plus complexe : ils distinguent selon que la communauté fonctionne ou est dissoute, et ils appliquent distributivement à ces deux phases la théorie de l'indivision, agrémentée d'emprunts à la théorie de Toullier, et la théorie de la personnalité morale dans ses déductions les plus rigoureuses (11); le mélange n'est pas sans pro-

(6) Comp. Commaille, n° 18; Merlin, *Répertoire*, V° *Communauté*.

(7) Chez des auteurs comme Duranton se trouve agitée, d'une façon incidente, la question de savoir si la communauté ne s'analyserait pas en une masse de biens soumise à l'usufruit du mari. Odier a, plus tard, exposé cette conception pour se donner le plaisir de la réfuter sans peine (Odier, I, n° 241). Si nous la citons ici, c'est pour montrer quelle était l'emprise des modes d'acquérir sur les idées des Exégètes en la matière.

(8) Zachariæ, *op. cit.*, § 638-1°.

(9) Aubry et Rau, VIII, § 505.

(10) Battur, *Traité de la communauté*, nos 150-151.

(11) Rodière et Pont, I, nos 341-334, et II, n° 1139.

duire une impression de stupeur. Avec Odier, on assiste, comme à l'habitude, au triomphe du *sui generis*. Aucune notion, pas même celle d'indivision, ne satisfait cet auteur (12). « Les droits de l'association conjugale qu'on appelle communauté, déclare-t-il finalement, ne ressemblent à aucun autre et ne s'expliquent par aucun autre. Aussi professons-nous que les droits du mari sur les biens communs sont des droits *sui generis*, que l'on ne peut faire ressortir par analogie d'aucune autre position juridique, et qu'il faut, en conséquence, étudier non *a priori*, d'après un système, mais *a posteriori* d'après les dispositions légales qui les ont expressément consacrés. » (13). Taulier et Colmet de Santerre ne sont pas très éloignés de cette pensée (14) : pour eux, la question de la nature juridique de la communauté n'offre pas d'intérêt appréciable en présence de la réglementation détaillée du Code civil. Parallèlement à ce courant d'incertitude, au milieu duquel émergent à peine les linéaments de la théorie de l'indivision, la doctrine de la communauté personne morale se développe avec un éclat nouveau. Dès 1842, un jurisconsulte secondaire, Cubain, s'inspirant de vues féministes avant la lettre, dans son *Traité des droits des femmes*, avait étudié la communauté conjugale comme constituant indivisiblement une société civile et une personne morale (15). Quelques années plus tard, Troplong exposa sa conception sous une forme achevée et avec une fermeté incomparable : selon lui, la communauté conjugale est une société, pourvue sans doute d'une réglementation spéciale à raison de son but, mais qui est, comme toutes les sociétés civiles, investie de la personnalité morale (16). Il

(12) Odier, I, nos 206-212.

(13) Odier, I, n° 213.

(14) Taulier, V. p. 37; Colmet de Santerre sur Demante, VI, n° 18 bis, X.

(15) Cubain, *Traité des droits des femmes*, n° 189.

(16) Troplong, I, nos 302-321.

ne s'agit plus de l'être moral usufruitier; le problème est enfin « dépatrimonialisé » et porté directement sur le terrain de la personnalité. De la théorie étriquée et fragmentaire de Duranton aux développements amples de Troplong, le progrès de la science du Droit est évident. Malheureusement, de Troplong à Marcadé, la décadence n'est pas moins visible. Sans doute Marcadé considère-t-il que la communauté comporte un patrimoine social, doué d'autonomie, mais cette thèse s'accompagne des plus graves réticences, et l'on peut se demander si le polémiste de l'Ecole de l'Exégèse ne puise pas le meilleur de sa conviction dans la vigueur avec laquelle il s'attaque à « l'hérésie » de Toullier ⁽¹⁷⁾. A ce moment, la théorie de la personnalité subit une éclipse, tandis que la théorie de l'indivision prend corps. A ce dernier point de vue, Laurent mérite d'être cité en tête, car il paraît jouer là le même rôle que Troplong dans le camp adverse. C'est lui qui, en dépit de ses propres contradictions ⁽¹⁸⁾, systématise cette doctrine ⁽¹⁹⁾; c'est lui qui la dote d'une force agressive et ose même la transcrire en projet de loi ⁽²⁰⁾. Grâce à lui, elle s'affirme, elle prédomine, et l'Ecole de l'Exégèse, durant tout le temps qui lui reste à vivre, ne s'en séparera plus. Guillouard, Baudry-Lacantinerie, Huc s'accordent sur cette idée essentielle que la communauté conjugale est une indivision soumise à des règles particulières ⁽²¹⁾. On voit maintenant, en jetant un coup d'œil rétrospectif sur cette pé-

(17) Marcadé, V, sur l'article 1401-I. — Comp. Dalloz, *Répertoire*, V° *Contrat de mariage*, n° 346.

(18) Bien qu'il qualifie la conception de Toullier une plaisanterie (XXI, n° 194), il s'abandonne par moments à son influence (V. par ex. XXI, n° 210).

(19) Laurent, XXI, nos 189, 197, 250.

(20) Avant-projet de Code civil belge, art. 1443 : « La communauté ne forme pas une personne civile; les époux deviennent copropriétaires par indivis des biens qui entrent en communauté. »

(21) Guillouard, I, n° 343; Huc, IX, n° 73; Baudry-Lacantinerie, *Le Courtois et Surville*, I, n° 249. — Comp. Acollas, *op. cit.*, p. 33-34; de Folleville, *op. cit.*, n° 132.

riode exégétique qui va de 1840 environ à la fin du XIX^e siècle, on voit comment le problème de la nature juridique de la communauté s'est déplacé : au dilemme propriété du mari-être moral s'est substituée insensiblement l'alternative personnalité morale-indivision, la notion de société continuant à être envisagée comme allant de soi.

Dans le moment présent, l'Ecole scientifique florit à son tour; mais, chose regrettable, sa position, touchant la nature de la communauté, se caractérise par un état de trouble indescriptible. Le seul foyer de convergence, dans l'afflux des opinions individuelles, est une négation : la communauté n'est pas personne morale. C'est d'une égale aversion pour la théorie de l'être moral que la doctrine contemporaine tire son unité intellectuelle, qu'il s'agisse des auteurs ou annotateurs de traités, tels que MM. Planiol et Ripert, Bartin, Colin et Capitant, Josserand⁽²²⁾; ou des nombreux auteurs de thèses relatives à la question, comme MM. Butel, Chéron, Masse, Chauvin, Aubéry⁽²³⁾. Cet esprit de scepticisme a fait de tels ravages qu'il a corrodé la définition, jusque-là inébranlable, de la communauté conjugale par la notion de société : on ne se contente plus de parler de société exorbitante; on en vient à nier formellement qu'il y ait, en l'espèce, une société⁽²⁴⁾.

Seulement, quand arrive l'heure d'énoncer une solution

(22) Planiol, *Traité élémentaire*, III, n° 905; Planiol, Ripert et Nast, I, n°s 155 et suiv.; Bartin sur Aubry et Rau, VIII, § 505, note 2; Colin et Capitant, *Cours élémentaire*, III, p. 60 et suiv.; Josserand, *Cours de Droit civil positif français*, III, n° 45.

(23) Butel, *Etude critique sur l'idée de personnalité civile de la communauté*, thèse Paris, 1901; Chéron, *Etude sur l'adage « Uxor non est proprie sociæ, sed speratur fore »*, thèse Paris, 1901; Masse, *Du caractère juridique de la communauté entre époux dans ses précédents historiques*, thèse Paris, 1902; Chauvin, *Etude sur la nature juridique de la communauté entre époux*, thèse Caen, 1906; Aubéry, *La communauté de biens conjugale*, thèse Paris, 1910.

(24) V. en ce sens : Butel, *op. cit.*, p. 73; Chéron, *op. cit.* (du moins si l'on considère le mot de la fin, p. 383); Colin et Capitant, *op. cit.*, III, p. 59-60.

positive, les pensées divergent; bien plus, la pensée de chacun se révèle protéiforme, insaisissable, contradictoire. La communauté est présentée tantôt comme une institution autonome⁽²⁵⁾, tantôt comme une copropriété ou indivision obéissant à des règles spéciales ou, suivant une expression qui semble jouir actuellement de la plus grande vogue, comme une indivision organisée⁽²⁶⁾, tantôt enfin comme une copropriété en main commune ou *Gesammte Hand*⁽²⁷⁾. La différence est peut-être plus verbale que réelle : si l'on va au fond du subconscient des juristes modernes, il n'est pas sûr qu'il n'y ait pas équivalence secrète entre les notions d'institution *sui generis*, d'indivision organisée et de *Gesammte Hand*; il y a équivalence dans l'obscurité. On peut donc dire que, des deux branches du dilemme être moral-indivision, c'est la seconde qui, sous une forme floue et vague, triomphe chez les représentants de l'Ecole scientifique. Toutefois, il faut tenir compte, à cet égard, d'un fait nouveau susceptible de renverser, dans l'avenir, la situation : la doctrine de l'être moral, qui, depuis cinquante ans, ne recueillait plus guère que des hommages aussi platoniques que celui de Boistel⁽²⁸⁾, vient d'être l'objet d'une adhésion mesurée, mais ferme, de la part de M. Bonnecase dans son tome IV du *Supplément au Traité de Baudry-Lacantinerie*.

(25) Ed. Meynial, *Le caractère juridique de la communauté entre époux* (*Rev. trimestrielle*, 1903, p. 811 et suiv.); Chauvin, *op. cit.*, p. 167-170; Colin et Capitant, *op. cit.*, p. 59 et suiv.

(26) Planiol, *Traité élémentaire*, n° 903; Planiol, Ripert et Nast, *loc. cit.*; Butel, *op. cit.*, p. 77; Capitant, *De l'indivision qui suit la dissolution de la communauté de biens entre époux* (*Revue critique*, 1929, p. 63 et suiv., note 5).

(27) Masse, *op. cit.*; Jossérand, *Cours de Droit civil*, III, n° 46.

(28) « La personnalité morale de la société conjugale est plus fortement réalisée que celle d'aucune autre société; la personne morale se compose du faisceau des volontés des associés en tant qu'elles concourent au but social, et entre les époux l'union est la plus intime, qui puisse exister entre deux êtres humains. » (Boistel, *Philosophie du Droit*, II, p. 87).

II. — La jurisprudence.

C'est devenu un lieu commun de présenter l'attitude de la jurisprudence, quant à la nature juridique de la communauté conjugale, comme une condamnation sans appel de la théorie de la communauté-personne morale. Il sied de s'entendre. La jurisprudence n'est jamais saisie de l'énoncé abstrait d'un problème juridique : ici comme en toute autre matière, elle a dû procéder par voie de solutions concrètes et fragmentaires. Mais ici, parmi les décisions jurisprudentielles, on peut discerner deux groupes : les unes, les plus connues, sont des décisions conscientes, rendues avec la préoccupation directe et délibérée de trancher le problème général de la nature juridique de la communauté; les autres sont, si l'on ose dire, des décisions inconscientes, qui ont été émises sur des points apparemment éloignés du débat et dont les répercussions possibles sur ledit problème général n'ont pas été entrevues, ou n'ont été que confusément entrevues par les tribunaux. Or, s'il est exact que la première série d'arrêts, dans son développement final, repousse en termes exprès la doctrine de l'être moral, il est non moins certain que les arrêts de la seconde série portent, assez souvent, l'empreinte de cette doctrine, publiquement abhorrée par ailleurs. A l'encontre de l'opinion reçue, on peut donc avancer que la jurisprudence est, pour le moins, hésitante et contradictoire.

Suivons chronologiquement, à travers les arrêts du premier groupe, la courbe de l'évolution jurisprudentielle. Une constatation s'impose tout de suite : jusqu'au milieu du xix^e siècle, cette courbe incline nettement vers la théorie de la communauté-personne morale. C'est devant la Cour de Bordeaux, à l'occasion de la société d'acquêts adjointe au régime dotal, que l'on voit éclore la théorie dans une de ses applications les plus caractéristiques : le

droit de préférence des créanciers communs⁽²⁹⁾; la Cour de Bordeaux s'appuyait, il est vrai, sur des traditions locales héritées de l'ancien Droit⁽³⁰⁾. Mais, en 1827, dans l'arrêt Hainque, la Cour de cassation manifesta à son tour les mêmes tendances, en dehors de toute influence historique : il y est déclaré que, lorsque les époux communs en biens s'obligent solidairement, ce n'est pas le mari et la femme qui sont, chacun pour moitié, débiteurs du montant de l'obligation, c'est la communauté qui est débitrice principale du tout, la femme en étant caution⁽³¹⁾. Plus remarquable encore est un autre arrêt de la Cour suprême, l'arrêt Loustau, du 24 janvier 1837 : il décide que, la communauté une fois dissoute, les créanciers personnels de la femme ne peuvent rien saisir qu'après liquidation et sont, par conséquent, primés sur les biens communs par les créanciers de la communauté⁽³²⁾. En 1845, l'arrêt Duchesne, entraîné sur le plan patrimonial, personnifie la communauté en usufruitière, pour en conclure que, si des deniers communs servent à racheter l'usufruit grevant l'immeuble propre d'un conjoint, l'opération aboutit à une acquisition de droit réel par la communauté, non à une consolidation de la propriété personnelle du conjoint⁽³³⁾. Vers la même période, diverses Cours d'appel, avec des nuances, n'hésitent pas davantage à traiter la communauté en être moral⁽³⁴⁾. On comprend, dans ces conditions, com-

(29) Bordeaux, 30 août 1810 et 23 janv. 1826 (*Rép. Dalloz*, V^o *Contrat de mariage*, n^o 2311), arrêts rendus sous l'empire de l'ancien Droit. — Pour le Droit du Code civil : Bordeaux, 6 juill. 1832 (*Lajonie*, S., 33. 2. 54).

(30) V. Tessier, *Société d'acquêts*, p. 312.

(31) Req., 29 nov. 1827, D., 28. 1. 37 : l'arrêt en déduit qu'un codébiteur de la communauté a le droit de demander à l'épouse la totalité de la part dont la communauté était tenue.

(32) Req., 24 janv. 1837, S., 37. 1. 107.

(33) Cass. civ., 16 juill. 1845, S., 45. 1. 721; D., 45. 1. 321, avec le plaidoyer contraire de Marcadé. — V. cependant une critique de cet arrêt, au regard de l'idée d'être moral, chez Troplong, I, n^{os} 504-505.

(34) Dijon, 9 févr. 1844, S., 44. 2. 121; Caen, 13 nov. 1844, S. 46. 2. 31;

ment Troplong pouvait écrire, dans son *Traité du contrat de mariage*, que sa théorie était consacrée par la jurisprudence. Celle-ci se montrait, du reste, conséquente avec elle-même, car, dès cette époque, elle semblait bien admettre que les sociétés civiles étaient investies de la personnalité morale⁽³⁵⁾.

Mais cela allait changer. A l'origine du revirement, on rencontre l'arrêt Barçon, du 18 avril 1860, qui, déniait aux créanciers de la communauté en liquidation toute préférence sur les créanciers personnels des époux, vient contredire violemment la thèse de l'arrêt Loustau. Il s'en faut, d'ailleurs, que cette décision fameuse de la Cour suprême ait une portée aussi absolue que d'aucuns l'ont prétendu depuis. Si l'arrêt Barçon se refuse à voir dans la communauté une personne civile, c'est seulement à l'égard des tiers; il laisse entendre (et ainsi l'expliqua Massé, annotateur du Sirey) que les rapports des conjoints entre eux sont régis différemment; en outre, pour rejeter l'idée d'un être moral, il invoque la théorie de Toullier, et nullement celle de l'indivision⁽³⁶⁾. En 1877, la Cour régulatrice, dans les motifs de l'arrêt de Fos, lance, contre la personnalité de la communauté conjugale, un anathème moins réservé, mais superfétatoire, à l'appui d'une solution de détail parfaitement justifiable sans cela⁽³⁷⁾. Un arrêt de la Chambre civile du 28 février 1886, l'arrêt Gacon, est beaucoup plus important. Affirmant que l'effet rétroactif du partage, en matière de communauté, remonte

Rouen, 11 mars 1846, S., 46. 2. 504, motifs; Lyon, 23 juill. 1858, S., 59. 2. 615; D., 60. 2. 185. — V. toutefois : Cour d'appel de Bruxelles, 15 févr. 1834, *Pasicrisie*, 34. 2. 44.

(35) Tel est le sens d'un arrêt de la Chambre des requêtes du 8 novembre 1836, l'arrêt Compagnie du Cotentin (S., 36. 1. 811).

(36) Cass. civ., 18 avril 1860, S., 60. 1. 305, note Massé, D., 60. 1. 185, *Journal du Palais*, 1860, p. 783, avec une importante note où Rodière défend le système qu'il devait développer, avec Pont, dans son *Traité*.

(37) Req., 16 janv. 1877, D., 78. 1. 265.

à l'entrée de chaque bien dans le patrimoine commun et non au jour de la dissolution, cet arrêt marque coup double : condamnation de la théorie de la personnalité morale, adhésion à la théorie de l'indivision⁽³⁸⁾. La jurisprudence postérieure continue à écarter le système de l'être moral⁽³⁹⁾; récemment encore, en 1926, on trouve le principe de l'arrêt Gacon repris dans un arrêt connu de la Cour de Lyon, l'arrêt Montagny⁽⁴⁰⁾. Cependant, si les tribunaux sont ainsi parvenus à acquérir, dans la négation, une fermeté qui illusionne, il n'en est pas tout à fait de même quant à la construction positive : la doctrine de l'indivision n'a jamais exercé sur eux un empire exclusif, et — fortune tardive et singulière de la pensée de Toullier — à partir de la seconde moitié du xix^e siècle, on ne laisse pas de relever de temps en temps, dans les décisions de juridictions variées, cette proposition fondamentale que le mari, tant que dure la communauté, est seul propriétaire des biens communs⁽⁴¹⁾.

Passons maintenant aux arrêts de la deuxième série, arrêts dont le retentissement logique sur tout le problème de la nature de la communauté est demeuré, dans l'esprit des magistrats, plus ou moins caché et inaperçu. Il est à peu près impossible, nous le savons déjà, de les concilier

(38) Civ., 28 févr. 1886, S., 87. 4. 243.

(39) Req., 10 févr. 1896, motifs (Soubrenié, S., 1900. 4. 314); Cour d'appel de Bruxelles, 3 juin 1903, S., 1905. 4. 4; Aix, 10 mai 1906, S. 1908. 2. 61. — V. toutefois, Douai, 5 mars 1897, D., 97. 2. 220.

(40) Lyon, 15 juill. 1926, D., 27. 2. 129, avec une note approbative de M. Nast.

(41) Outre l'arrêt Barçon, V. : Paris, 21 juin 1855, Gobillard, S., 55. 2. 394; Chambéry, 16 mai 1883, Tardys, motifs, S., 87. 2. 477; Req., 9 mai 1884, S., 84. 4. 337, avec une note critique de Labbé. Dans ce dernier arrêt, l'arrêt Thuillier, la Cour de cassation déduit de la doctrine de Toullier que, lorsque le mari fait donation à sa femme d'un bien de communauté, la femme est donataire pour le tout. Comp. Cass. civ., 7 déc. 1898, Béal, S., 1900. 4. 129, note de M. Ferron. — V. pourtant une réfutation de la thèse de Toullier dans l'arrêt Hochnandel de la Cour de Colmar, 23 févr. 1857, D., 57. 2. 88.

avec les décisions du premier groupe. Ainsi, que penser de la jurisprudence considérable qui s'est édifiée, à dater de 1858, sur la base de l'arrêt Moinet des Chambres réunies ? (42). En proclamant la femme commune en biens créancière de ses reprises à l'encontre de la communauté, la Cour de cassation a forcément érigé la communauté, même dissoute, en sujet de droit, donc a consacré la théorie de la personnalité morale sur un point particulier (43). Cela est tellement vrai que, pour essayer de rattraper en quelque sorte cette affirmation discordante, la Cour suprême s'est jetée depuis lors dans les plus troubles combinaisons d'idées : tantôt elle a déclaré l'épouse commune en biens à la fois propriétaire et créancière de ses reprises (arrêt Marchand du 6 décembre 1910) (44); tantôt elle l'a considérée comme successivement copropriétaire de la communauté non encore dissoute et créancière des reprises après la dissolution (arrêt Brunet du 16 novembre 1921) (45); tantôt, enfin, elle a vu dans son droit de reprise une créance mobilière, susceptible de se transformer en droit immobilier à raison des immeubles ayant fait l'objet du prélèvement (arrêt Pradel du 19 janvier 1925) (46) — véritables incohérences nées du désir d'allier deux antinomies : le principe de l'arrêt Moinet et le système de la communauté-indivision (47). De même, puisque les tribunaux ne paraissent pas mettre en doute que la communauté conjugale soit une société, comment harmoniser la jurisprudence qui dénie la personnalité morale à la commu-

(42) Chambres réunies, 16 janv. 1858, S., 58. 1. 9, D., 58. 1. 5.

(43) Le lien unissant les deux questions n'échappa point aux juristes de l'époque. V., par ex., la consultation de Coin-Delisle qui précéda l'arrêt Savary (S. 46. 2. 345), ainsi que l'étude de Vavasseur, *Les reprises de la femme commune* (Rev. pratique de Droit franc, 1856, p. 173 et suiv.).

(44) Cass. civ., 6 déc. 1910, S., 14. 1. 293.

(45) Cass. req., 16 nov. 1921, S., 23. 1. 217; note Bourcart.

(46) Cass. civ., 19 janv. 1925, S., 26. 1. 39, D., 25. 1. 105; note Nast.

(47) Comp. Bonnet, *Supplément au Traité de Baudry-Lacantinerie*, IV, nos 224-225.

nauté avec la jurisprudence, inébranlable depuis 1891, qui l'accorde sans restriction à toutes les sociétés civiles ? Si ce sont là les deux exemples les plus célèbres des contradictions jurisprudentielles en la matière, ce ne sont pas les seuls. Dans le corps de ce chapitre, à côté de quelques décisions influencées par la théorie de l'indivision ou même (touchant le jeu de l'hypothèque légale sur les conquêts) par la théorie de Toullier, nous rencontrerons bien d'autres cas où la jurisprudence a donné des solutions de détail visiblement inspirées de la notion de personnalité morale, que ce soit à propos de la balance des comptes de récompenses, à propos de l'application de l'article 1220 à la communauté, ou ailleurs encore. Cette tendance jurisprudentielle ne semble pas devoir s'affaiblir. On en remarque une nouvelle preuve dans un arrêt de la Cour de Paris du 29 juin 1927, l'arrêt Eschger ⁽⁴⁸⁾ : il y est dit que, lorsqu'une part d'intérêt dans une société de personnes est commune, la communauté doit, aux termes de l'article 1861, être regardée comme croupière du conjoint associé — système qui, suivant l'observation de l'un de ses critiques ⁽⁴⁹⁾, suppose indubitablement la personnification de la communauté.

§ 2. — *Examen critique des théories proposées.*

- Il y a diversité non seulement dans les théories visant à expliquer la nature juridique de la communauté, mais encore dans la manière de classer ces théories. Pour mettre quelque ordre dans le sujet de la présente division, il est utile de dresser préalablement une sorte de tableau synoptique des différentes classifications adoptées.

(48) Paris, 29 juin 1927, D., 27. 4. 161, note Capitant. — Comp. Paris, 18 janv. 1927, D., 28. 2. 14b.

(49) G. Redaud, *Les parts sociales sous le régime de la communauté*, thèse Paris, 1929, n° 132.

I. *Propriété du mari.* — *Etre moral.* — C'est la classification la plus ancienne, celle qui domine au début du XIX^e siècle.

II. *Indivision.* — *Personnalité morale.* — Cette classification a détrôné la précédente; elle est aujourd'hui classique ⁽⁵⁰⁾.

III. *Société civile.* — *Personnalité morale.* — A la base de cette classification, qui transparait au fond de l'exposé d'Aubry et Rau, est l'assertion que les sociétés civiles, sans recouvrir une pure indivision, sont dépourvues de personnalité ⁽⁵¹⁾.

IV. *Propriété du mari.* — *Personnalité morale.* — *Usufruit du mari.* — *Cosociété ou indivision.* — *Institution autonome.* — Cette classification, plus détaillée, se trouve sous la plume d'Odier.

V. *Indivision.* — *Personnalité morale.* — *Copropriété en main commune.* — C'est la classification de MM. Masse et Chauvin. M. Chauvin semble admettre que la notion de société, à laquelle la communauté conjugale ressortit d'après lui, est susceptible de s'encadrer indifféremment dans un de ces trois concepts ⁽⁵²⁾.

VI. *Indivision ordinaire.* — *Personnalité morale.* — *Indivision soumise à des règles spéciales.* — Cette classification résulte des développements que MM. Planiol, Ripert et Nast consacrent au problème dans leur *Traité pratique de droit civil*.

VII. *Indivision.* — *Société.* — *Personnalité morale.* —

(50) Planiol, *Traité élémentaire*, III, n° 905.

(51) Quelques auteurs (Thiry, Boistel, Mongin) ont, d'ailleurs, cherché à constituer une théorie de la société, à mi-chemin entre l'indivision et la personnalité morale, en érigeant le patrimoine social en patrimoine autonome, et en faisant produire effet envers les tiers à la convention des parties. Au fond, ils aboutissaient, avant la lettre, à la notion d'indivision organisée (V. sur ces tentatives : Ricol, *La copropriété en main commune et son application possible au droit français*, thèse Toulouse, 1907, p. 214).

(52) Chauvin, *op. cit.*, p. 79.

Copropriété en main commune. — Institution autonome.
— Telle est la classification qui sert d'ossature aux raisonnements de MM. Colin et Capitant⁽⁵³⁾.

Toutes les théories qui apparaissent dans ces classifications ne feront pas l'objet d'un examen critique séparé. De la théorie de la communauté-personne morale il n'y a rien à dire pour l'instant, car c'est celle à laquelle nous déclarons d'avance nous rallier : la démonstration de son bien-fondé viendra naturellement dans la section II. D'autre part, entre les systèmes que nous repoussons, il en est un qui ne comporte pas d'étude particulière : le système de la communauté-institution autonome. Suivant l'expression d'un philosophe, on ne détruit que ce que l'on remplace. Or, ledit système prétend tout détruire et ne rien remplacer. C'est une doctrine de moindre effort, essentiellement antiscientifique : la science, en effet, aspire à la synthèse et, dans ce dessein, elle s'efforce à mettre en lumière les rapports cachés qui unissent les notions les plus hétérogènes d'apparence. L'idée d'une catégorie *sui generis* ne peut être qu'un coup de désespoir du juriste. En fin de compte, il n'y a donc lieu de retenir, à titre de théories litigieuses, que : 1° la théorie de Toullier; 2° la théorie de l'indivision sous toutes ses formes; 3° la théorie de la copropriété en main commune ou *Gesamnte Hand*.

I. — La théorie de Toullier.

Soutenir avec Toullier que les biens communs sont, durant le mariage, la propriété exclusive du mari peut paraître, à première vue, une absurdité. Il faut, toutefois,

(53) En Espagne, Clemente de Diego (*Instituciones de derecho civil español*, II, p. 444) donne une classification plus complexe encore : Propriété du mari — Indivision — Personnalité morale — Copropriété en main commune — Patrimoine d'affectation — Société.

se garder d'un jugement aussi sommaire. Ainsi que nous le savons, la théorie de Toullier survit dans plus d'un courant de jurisprudence. Mieux encore : après avoir influencé peu ou prou les Exégètes, elle continue, dans la doctrine moderne, à exercer une séduction sur des esprits éminents : MM. Gény⁽⁵⁴⁾ et Ferron⁽⁵⁵⁾ en parlent avec faveur ; M. Roguin se fait pour elle partial et intolérant⁽⁵⁶⁾. Il serait donc imprudent de la traiter en quantité négligeable. Aussi allons-nous l'examiner attentivement, tant en elle-même qu'au regard d'un important problème qu'elle suggère.

A. — LA THEORIE DE TOULLIER DEVANT LES TEXTES DU CODE CIVIL

Ce n'est pas trahir la pensée de Toullier que de la résumer en ces termes : la communauté est une masse de biens sur laquelle, pendant le mariage, le mari exerce seul un droit de propriété répondant à la définition de l'article 544, sauf à la femme ou à ses héritiers de venir, après la dissolution du mariage ou, tout au moins, après la séparation de biens, prendre la moitié de l'actif subsistant. Le régime de communauté ainsi conçu se résout intégralement dans une combinaison des divers aspects du droit de propriété : acquisition, exercice, transfert de ce droit. Pour dénier à l'épouse, tant que le mariage ne s'est pas éteint, tout droit actuel sur les biens communs, Toullier ne trouve pas de meilleur argument que l'histoire : Denis Dupont, qui commenta la coutume de Blois au xvi^e siècle, est son autorité favorite, ainsi que Dumou-

(54) Gény, *Méthodes d'interprétation et sources*, n° 70 (note) : « Quoiqu'elle fût peut-être plus près de la vérité que toutes les autres, cette conception qui déroutait une logique trop simpliste n'a eu aucun succès sérieux. »

(55) Ferron, note sous l'arrêt Béal, S., 1900. 1. 129, col. 7 et 8.

(56) Roguin; *Traité de Droit civil comparé : Le régime matrimonial*, nos 241, 266 et suiv., 535 et suiv.

lin, chez qui il recueille le thème de sa théorie entière : « Uxor... non est proprie socia, sed speratur fore. » A vrai dire, le système de Toullier aurait été parfaitement justifié vers la fin de l'époque carolingienne, quand la femme n'avait, en général, à prétendre que des gains de survie sur les conquêtes; au temps de saint Louis, il aurait contenu encore un grand fonds d'exactitude; sous l'empire des coutumes rédigées, il aurait déjà paru un peu anachronique, à telles enseignes que Toullier se voit obligé de censurer maint article de ces coutumes; sous la codification napoléonienne, ledit système ne tient plus. Comme Duranton l'a péremptoirement démontré, l'idée d'une propriété exclusive du mari sur les biens communs est condamnée par tous les textes : par l'article 1399, qui fixe le point de départ de la communauté au jour de la célébration du mariage; par l'article 1441, prévoyant la fin de la communauté à la suite de certains événements qui, selon Toullier, en marqueraient au contraire l'ouverture; par l'article 1442, décidant que le défaut d'inventaire après la mort de l'un des conjoints ne donne pas lieu à la continuation de la communauté, « car ce qui n'existe pas ne peut point se continuer »; par l'article 1492, où on lit que la femme qui renonce perd toute espèce de droit sur les biens de la communauté, « car si elle n'avait pas de droit, elle n'a pas pu en perdre, et si elle en avait, elle ne pouvait avoir que des droits de communauté » (37). Toullier hasardait sans doute une réponse, mais on jugera de sa valeur : les textes du Code civil auraient renfermé des impropriétés de langage, qu'il convenait de redresser. Pareille révolte de l'interprète contre la lettre de la loi suffit à situer une doctrine hors du domaine scientifique. Il est arrivé à Toullier, pour la communauté, la même mésaventure qu'à Troplong pour le régime dotal : l'un

(37) Duranton, XIV, n° 96.

et l'autre ont paru sombrer dans la fantaisie, pour s'être égarés dans les nuages de l'histoire.

B. — LE PROBLEME, SUGGERE PAR LA THEORIE DE TOULLIER,
DE LA DISTINCTION ENTRE LES AVANTAGES MATRIMONIAUX
ET LES AVANTAGES SUCCESSORAUX

Quoique Toullier n'en ait pas une perception très claire, sa théorie revient à nier que la communauté conjugale soit une société. La négation de l'idée de société conjugale ne réside pas, du reste, en ce que Toullier considère le mari comme seul propriétaire des biens communs, le mariage durant. La question de la propriété des biens sociaux, on l'a vu à propos des associations en participation, ne préjuge point la question de l'existence ou de l'inexistence de la société conjugale. On ne peut méconnaître la plasticité du droit de propriété : les caractères de ce droit sont « éminemment variables et en rapport avec la fonction sociale ou économique imprimée à la chose qui en est l'objet » (58). On concevrait sans peine que le mari exerçât sur les biens communs une sorte de propriété fiduciaire, pour le compte de la société constituée par le régime matrimonial. Mais la thèse du mari-propriétaire n'est qu'une face secondaire de la doctrine de Toullier; la face essentielle c'est, selon l'obsédante formule de Dumoulin, que l'épouse n'est pas proprement associée et a seulement l'espoir de le devenir. « Le droit de la femme pendant le mariage, déclare Toullier, n'est... qu'un droit purement éventuel, une simple espérance, que le mari ne peut, à la vérité, lui enlever, mais qu'il peut faire évanouir à son gré en dissipant tous les biens. » (59). Or,

(58) Bonbecase, *Supplément au Traité de Baudry-Lacantinerie*, IV, n° 179. — Comp. Goubeaux, *Etude sur la clause d'indivision forcée et perpétuelle en droit civil français*, thèse Nancy, 1910, p. 208 et suiv.

(59) Toullier, XII, n° 80.

dans cette conception d'une société en espérance, il y a quelque chose d'intrinsèquement contradictoire. *Autant vaudrait dire que le droit successoral du conjoint survivant constitue un élément de société.* On remarquera, au contraire, que nous nous sommes soigneusement abstenu, en étudiant les régimes non communautaires, d'ajouter ce droit successoral, en propriété ou en usufruit, à la liste des bénéfices anormaux ou avantages matrimoniaux engendrés par les divers types de société conjugale. La confusion serait dangereuse autant que facile. Toullier ne l'évite pas, et là doit être cherchée la pensée profonde qui anime sa théorie : le droit de l'épouse dans la communauté lui apparaît, en quelque manière, comme une vocation successorale consolidée. Pour comprendre cette dernière expression, il faut se pénétrer de l'ambiance historique chère au jurisconsulte rennois. A traits grossiers, et en négligeant bien des détails et des nuances, on a pu inscrire l'évolution de la communauté coutumière dans le schéma suivant. La femme a eu primitivement, sur l'ensemble du patrimoine marital, des droits de veuve, subordonnés au prédécès de l'époux; dans la suite des temps, ces droits se dédoublèrent en se transformant : sur les propres du mari, ils restèrent à l'état de gain de survie, tout en se restreignant à l'usufruit, et ce fut le douaire; sur les conquêts, ils se consolidèrent et devinrent transmissibles aux héritiers de la femme prédécédée, ce fut la communauté. Historiquement, la femme occupe donc, au regard du mari seul propriétaire des conquêts, la position d'une successible, successible désignée par la loi ou instituée par le contrat de mariage; son droit, bien que rendu indépendant de l'ordre des décès, est assimilable à une vocation, à une espérance héréditaire. Mais sous l'empire du Code civil, en dépit d'analógies superficielles dont les textes ont gardé la trace et qui établissent un faux air de parenté entre la dissolution des communau-

tés et l'ouverture des successions ⁽⁶⁰⁾, pareille idée n'est plus de mise. Toullier, pourtant, ne s'en départ pas, et par là, qu'il le veuille ou non, il aboutit à dénier à la communauté conjugale sa nature de société : ce n'est pas être associée qu'être héritière. Nous croyons, en effet, qu'entre la notion d'avantage matrimonial, corollaire de la notion de bénéfice en matière de société conjugale, et la notion d'avantage successoral, qui met en jeu la dévolution héréditaire au profit du conjoint survivant, une distinction fondamentale et irréductible s'impose — distinction qui, d'ailleurs, domine tous les régimes matrimoniaux et déborde par son importance la théorie de Toullier; distinction qui, aussi, et c'est une excuse à la décharge de notre Exégète, se révèle beaucoup plus délicate qu'un juriste moderne ne pourrait le penser à première vue.

A ne considérer que certains aspects du problème, on serait plutôt tenté de conclure à l'absence de frontières tranchées entre les deux notions. Sur le terrain d'une classification rationnelle du Droit civil, un lien unit les régimes matrimoniaux et les successions, puisque les deux institutions ressortissent également au droit de famille largement conçu. Sur le terrain législatif, le même lien est patent, et l'on ne saurait apprécier la condition des époux sans combiner leurs droits successoraux avec les bénéfices résultant directement de la société conjugale; on a même pu regretter que le législateur français n'ait pas toujours eu ce coup d'œil d'ensemble, quand il a apporté à l'article 767 du Code civil les réformes successives qui ont reçu leur couronnement dans la loi du 3 décembre 1930 ⁽⁶¹⁾. La distinction n'en existe pas moins. Seulement, pour la saisir, et pour la saisir aussi bien

(60) Par exemple, en ce qui concerne l'acceptation et la renonciation, le bénéfice d'inventaire (ou d'émolument), le partage (art. 1476), etc.

(61) V. sur cette loi la dissertation de M. Capitant, D. H., chronique, 1931, p. 5.

dans son intérêt pratique que dans sa portée abstraite, c'est au cœur du Droit international privé qu'il faut aller. Nous faisons allusion à la célèbre question du conflit des qualifications.

C. — LA QUESTION DU CONFLIT DES QUALIFICATIONS DANS SES RAPPORTS AVEC LA DISTINCTION DES AVANTAGES MATRIMONIAUX ET DES AVANTAGES SUCCESSORAUX.

On sait en quoi consiste cette question. Deux législations, qui concordent dans la solution des conflits de lois relatifs aux diverses catégories de matières juridiques, peuvent diverger lorsqu'il s'agit de classer un rapport de droit déterminé dans telle ou telle catégorie, de « qualifier » ce rapport de droit. Le conflit des qualifications vient, ainsi, rendre vaine l'hypothétique unité internationale du règlement des conflits de lois. Supposons qu'une succession ouverte en France est gouvernée par la loi française, alors que le régime matrimonial du *de cujus* relevait d'une loi étrangère. Si le conjoint survivant prétend exercer, sur les biens compris dans la succession, un droit dérivant de la loi étrangère, il échouera ou triomphera dans sa prétention, selon que son droit sera qualifié droit de succession ou avantage matrimonial. On peut encore imaginer que le conjoint survivant se trouve en présence d'héritiers français, qui invoquent à son encontre la loi du 14 juillet 1819 : suivant que la qualification successorale ou matrimoniale prévaudra, il se verra, ou non, opposer le droit de prélèvement autorisé par cette loi. Or, chaque pays peut avoir un système propre de qualifications. Quel système l'emportera? Déclarons immédiatement que, d'après notre doctrine et notre jurisprudence, la *lex fori* est seule compétente, en principe, pour qualifier une institution : devant les tribunaux français, ce sera donc la qualification française qui s'appliquera ⁽⁶²⁾, c'est-

(62) Bartin, *Etudes de droit international privé*, p. 1 et suiv., et *Princ.*

à-dire que le juge appréciera la nature juridique de l'institution exotique litigieuse au point de vue de l'esprit général de la loi française. Mais il ne s'interdira pas, pour autant, de considérer l'aspect particulier présenté par cette institution dans la législation étrangère; il pourra même tenir compte d'une classification inscrite dans les textes étrangers. Cela a parfois fait illusion, et M. Donnedieu de Vabres⁽⁶³⁾ en a conclu que notre jurisprudence, loin d'appliquer systématiquement la qualification de la *lex fori*, n'hésitait pas à mettre en œuvre, à l'occasion, la qualification de la loi étrangère. En réalité, il n'en est rien : la jurisprudence fait toujours prévaloir le système général de la *lex fori*; si elle a égard à la forme et au fond des textes étrangers, c'est pour se demander comment de tels textes, transportés dans la législation française, devraient y être interprétés. Le problème du conflit des qualifications oblige donc le juriste à prendre un parti, valable pour le Droit interne, sur la distinction des avantages matrimoniaux et des avantages successoraux⁽⁶⁴⁾. L'acuité du problème est accrue par le fait que, dans de nombreuses lois étrangères, se rencontrent des communautés arrêtées dans leur évolution historique et rabougries à l'état de gains de survie.

Le problème est surtout connu depuis les travaux classiques de M. Bartin⁽⁶⁵⁾; toutefois, cela est intéressant à

de Droit international privé, § 86; Niboyet, *Manuel de Droit international privé*, 2^e éd., nos 416 et suiv.

(63) Donnedieu de Vabres, *L'évolution de la jurisprudence française en matière de conflit des lois*, thèse Paris, 1905, p. 307 et note, p. 382 et suiv.

(64) Mais faut-il, pour qu'il y ait conflit de qualifications, une divergence certaine dans la qualification légale d'une institution? Pillet le soutient (*Principes de droit international privé*, I, nos 127-128); son opinion n'est pas, cependant, la plus répandue; on admet, d'ordinaire, à raison de la particularité des sources du Droit international privé, qu'une sérieuse divergence de doctrine suffit à créer le conflit : de là l'importance d'une théorie comme celle de Toullier.

(65) Bartin, *De l'impossibilité d'arriver à la suppression définitive des*

noter, il n'avait pas échappé à nos statutaires du xviii^e siècle (66). Boullenois le pose nettement à propos de l'article 389 de la Coutume de Normandie, ainsi rédigé : « Les personnes conjointes par mariage ne sont point communes en biens, soit meubles, ou conquêts immeubles; mais les femmes n'y ont rien qu'après la mort du mari ». Une veuve, ayant son domicile matrimonial en Normandie, doit-elle être traitée en associée (statut personnel) ou en héritière (statut réel)? C'est par un examen minutieux des particularités de la coutume normande que Boullenois, approuvant deux arrêts du Parlement de Paris, est conduit à se prononcer dans le dernier sens (67). Avant M. Martin, le problème a été pareillement abordé hors de France : Savigny en Allemagne, Westlake en Angleterre, en ont souligné les difficultés. Savigny, du reste, pour décider entre l'idée de régime matrimonial et l'idée de succession, prend en considération, tout comme Boullenois, l'aspect présenté par l'institution litigieuse dans la législation qui la consacre (68).

La doctrine moderne innove peu sur ces précurseurs. Ce qui captive son attention tout entière dans le conflit des qualifications, c'est la démonstration de la prépondérance de la *lex fori*. Mais de savoir si l'on peut dégager un critérium permettant de différencier, en vue de la qualification, avantages matrimoniaux et avantages successoraux, les auteurs contemporains ne se préoccupent guère (69). La jurisprudence française s'en soucie-t-elle

conflits de lois (Clunet, 1897, p. 227 et 725-730), articles repris postérieurement dans les *Etudes de Droit international privé* de cet auteur.

(66) Comp. Niboyet, *Froland, les conflits de qualifications et la question du renvoi*, 1926, p. 14.

(67) Boullenois, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, I, p. 770-783.

(68) Savigny, *Traité de Droit romain* (trad. Guénoux), VIII, § 379-80; Westlake, *Traité de Droit international privé* (trad. Goulé, 1914), § 42.

(69) Voir, néanmoins, Lerebours-Pigeonnière, *Précis de Droit international privé*, n° 266 *in fine*.

davantage ? En 1862, la Cour d'appel de Paris, par l'arrêt Gourié, décide que le douaire de la femme survivante, dans le statut de Pensylvanie, ressortit au régime matrimonial et non à la succession *ab intestat* : « Considérant, énonce l'arrêt, que cet avantage, dont, sous le nom de *dower*, le statut de Pensylvanie a fait une convention matrimoniale tacite, a la même origine et la même cause que le douaire coutumier de l'ancien Droit français et qu'il constitue pareillement, en faveur de la veuve, sur les biens de son mari qui y sont affectés, un droit de propriété virtuellement préexistant au jour du décès, mais qui n'obtient son effet qu'à compter de cette époque. » (70). Vingt ans plus tard, la Chambre civile de la Cour suprême, par l'arrêt Lesieur, donne une solution différente à un cas analogue, en réputant droit de succession, à l'encontre de la qualification étrangère, le douaire reconnu à l'épouse survivante par les lois de l'Etat de Virginie (71). En 1882, on voit la Cour d'Aix, dans une affaire Kassab, traiter en avantage matrimonial la quarte de la veuve pauvre de la législation hellénique (72). L'arrêt Bartholo, rendu par la Cour d'Alger le 24 décembre 1889, est peut-être le monument le plus notable de cette jurisprudence. Il s'agissait, en l'espèce, de qualifier le droit que le Code Rohan, jadis en vigueur à Malte, accordait à la femme survivante, dans des conditions singulières, sur les acquêts provenant de l'industrie des époux. Aux yeux de l'historien, cette institution se présente, de façon non douteuse, comme le fragment archaïque d'une communauté retardée ou arrêtée dans son développement (73). Or, exempte de toute influence

(70) Paris, 6 janv. 1862, S. 62. 2. 337.

(71) Cass. civ., 4 avril 1884, *Clunet*, 1882, p. 87.

(72) Aix, 21 mars 1882, S., 83. 2. 417.

(73) Comp. Brandileone, *Contributo alla storia della comunione dei beni matrimoniali in Sicilia* (*Rivista italiana di sociologia*, IX, fasc. II, 1905); et Ciccaglione, *Origine e sviluppo della Comunione dei beni fra coniugi in Sicilia* (*Archivio storico per la Sicilia orientale*, 1906).

de la théorie de Toullier, la Cour d'appel d'Alger, s'appuyant sur les particularités de fond et de forme des textes maltais, spécialement sur le rattachement desdits textes à la rubrique « Du mariage et de la société conjugale », affirma qu'il fallait tenir le droit du conjoint survivant pour un bénéfice de communauté, non pour un droit de succession⁽⁷⁴⁾. À travers ces décisions, d'apparences contradictoires, on ne peut, semble-t-il, découvrir au système jurisprudentiel d'autre base que celle-ci : la distinction des avantages matrimoniaux et des avantages successoraux est une pure question de fait. Une fois admis le principe de droit que la *lex fori* gouverne les qualifications, tout n'est pas fini, selon la jurisprudence, et la qualification française, imposée par ce principe, « implique, ainsi que le dit excellemment M. Lerebours-Pigeonnière, une comparaison et une appréciation des détails concrets des institutions françaises et étrangères »⁽⁷⁵⁾. Dans cette analyse du fait, les tribunaux se donnent le choix des moyens, et ils s'attachent indifféremment aux caractéristiques internes de l'institution envisagée ou à l'appareil textuel qui l'entoure.

L'esprit rationaliste souhaiterait un critère plus net. Nous craignons que le souhait ne soit irréalisable. Il ne faut pas croire, comme cela a parfois été proposé⁽⁷⁶⁾, que la réciprocité constitue le signe diacritique par où le droit de succession se sépare de l'avantage matrimonial : notre législation connaît des droits de succession qui ne sont pas réciproques (C. civ., art. 358, et 761-765) et des avantages matrimoniaux qui le sont (préciput, attribution de communauté au profit du survivant des époux). Il ne faut pas songer, non plus, à distinguer selon l'origine légale ou conventionnelle de l'avantage : si les avantages matrimoniaux ont normalement leur source dans le contrat de ma-

(74) Alger, 24 déc. 1889, *Clunet*, 1891, p. 1171.

(75-76) Lerebours-Pigeonnière, *loc. cit.*

riage, on en conçoit qui dérivent directement de la loi (préciput légal, de notre ancien Droit; aujourd'hui encore, appropriation, par le mari, du superflu des revenus dotaux), et, d'autre part, à côté de la succession *ab intestat* ou même testamentaire, existe une sorte de succession contractuelle sous la forme de la donation de biens à venir (77). Tout aussi inutilement, on chercherait à caractériser le droit de succession par opposition à l'avantage matrimonial, en recourant à sa définition de mode d'acquérir par décès. La difficulté entière vient, précisément, de ce qu'il y a des avantages matrimoniaux dont l'effet est déclenché par le prédécès de l'un des époux. A partir de quel moment peut-on dire que le lien unissant l'avantage matrimonial au régime s'est suffisamment distendu pour que cet avantage ait glissé sur le plan successoral? A partir de quel moment, à l'inverse, un droit de succession entre conjoints est-il assez intégré au régime matrimonial pour être regardé comme un bénéfice réparti par la société conjugale? Répondons — au moins provisoirement —, avec la jurisprudence, que c'est là une question de fait; mais ajoutons que le juge peut puiser des directives précieuses dans la nature juridique des régimes matrimoniaux, envisagée à la lumière d'une distinction capi-

(77) Pour qualifier l'institution contractuelle, toujours sous l'angle du droit international privé, il y a justement lieu d'hésiter entre l'étiquette successorale et l'étiquette, non plus d'avantage matrimonial, mais de donation entre époux (Comp. Niboyet, *Manuel de Droit international privé*, n° 417-2°, et Req., 7 mai 1924, *Clunet*, 1925, p. 426, où le conflit n'était pas, du reste, posé en ces termes). C'est encore la qualification de la *lex fori* qui doit s'appliquer, bien que l'on soit alors dans le domaine contractuel. Sans doute décide-t-on que la *lex fori* est incompétente pour qualifier des rapports qui dépendent de l'autonomie de la volonté, et dont les contractants sont libres de déterminer à leur guise le contenu. Mais cela n'est vrai qu'autant qu'il s'agit d'une qualification « en sous-ordre », portant sur un détail secondaire de l'institution envisagée (Comp. Martin, *Principes*, § 87). Pour décider si une stipulation avantageuse, prise dans son ensemble, constitue un avantage matrimonial ou une donation de biens à venir, il faut se référer nécessairement à la *lex fori* (Comp. Cass. civ., 17 nov. 1924, S., 25.1. 113, et la note de M. Niboyet).

tale : celle des situations juridiques abstraites et des situations juridiques concrètes. Voici comment on a défini ces deux dernières notions : la situation juridique abstraite est la manière d'être éventuelle ou théorique de chacun au regard d'une institution juridique déterminée; la situation juridique concrète, à l'opposé, est une réalité positive; c'est la manière d'être résultant pour une personne d'un acte juridique ou d'un fait juridique, qui a fait jouer à son profit ou à son encontre les règles d'une institution juridique et lui a, du même coup, conféré effectivement les avantages et les obligations inhérents au fonctionnement de cette institution ⁽⁷⁸⁾. Dès lors, quand un époux invoque quelque droit de qualification indécise, la solution doit être orientée en ce sens. La situation juridique de l'époux, en face de ce droit, se présentait-elle, tant que durait le mariage, comme une situation abstraite, que seul le prédécès de l'autre conjoint a fait passer dans le domaine du concret? La qualification de droit successoral sera acceptée, car la situation de successible est, par excellence, une situation juridique abstraite. L'époux apparaissait-il, au contraire, durant le mariage, à l'occasion du droit discuté, comme jouissant d'une situation juridique concrète? On donnera la prépondérance à la qualification d'avantage matrimonial : l'époux, en effet, se trouve investi, dès le jour du mariage, de la situation concrète de membre de la société conjugale, avec le droit de participer à tous les bénéfices selon la loi ou les conventions; le fait que la distribution d'une catégorie de bénéfices serait subordonnée à l'ordre des décès des associés n'empêche pas que, pendant le mariage, chaque époux se trouve effectivement titulaire de l'ensemble des droits constituant sa part d'intérêt ⁽⁷⁹⁾. Le problème est, de la sorte, grande-

(78) Bonnecase, *Introduction à l'étude du Droit*, 2^e éd., nos 45 bis et 56.

(79) D'après la doctrine, des associés ordinaires peuvent très bien con-

ment facilité, parce que le caractère abstrait ou concret de la situation juridique se trahira, d'ordinaire, à plusieurs indices. C'est ainsi que le préciput, stipulé au profit du survivant des époux (art. 1515), doit être considéré comme un bénéfice de communauté, non comme un droit successoral, si l'on admet que le mariage place immédiatement les conjoints, à l'égard de cet avantage aussi bien qu'à l'égard des bénéfices normaux de la société conjugale, dans une situation juridique concrète. Or, pour se convaincre de l'affirmative, il suffit de scruter l'article 1518 : par son langage même, comme par les mesures conservatoires qu'il ordonne, dans certains cas, en faveur de la femme, ce texte dénote l'existence d'une situation juridique concrète, en antinomie avec la nature abstraite et platonique de la vocation successorale.

Ayant suivi la théorie de Toullier dans ses prolongements les plus lointains, nous sommes donc ramené à notre conclusion désapprobative : contrairement à l'idée dont s'inspire, au moins inconsciemment, cette théorie, entre le droit de succession et les bénéfices de communauté recueillis par la femme, une distinction est possible et nécessaire.

II. — La théorie de l'indivision.

Les auteurs, à propos de la communauté conjugale, parlent indifféremment de copropriété ou d'indivision, comme si les deux expressions étaient synonymes. Cette confusion terminologique, pour être ancienne, n'en est pas moins à rejeter. Depuis les travaux de M. Bonnecase⁽⁸⁰⁾, on peut tenir pour acquis que copropriété et indivision sont des

venir que l'un d'eux n'aura droit à sa part de bénéfices que dans le cas où se réaliserait un événement déterminé (Guillouard, *Société*, n° 73; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Société*, n° 10).

(80) Bonnecase, *Supplément au Traité de Baudry-Lacantinerie*, IV. nos 173 et suiv.

notions distinctes sous le rapport de l'objet : l'une et l'autre supposent, à égal titre, la pluralité des sujets de droit, mais, tandis que la copropriété, modalité pure et simple de la propriété, traduit l'existence d'un droit réel, appartenant à deux ou plusieurs, sur un *bien isolé et individualisé*, l'indivision met essentiellement en jeu une *universalité juridique*, dont deux ou plusieurs personnes sont collectivement titulaires. Cela étant, on peut affirmer que ni la notion de copropriété ni la notion d'indivision (pas plus sous sa forme naïve d'indivision tout court que sous sa forme complexe d'indivision organisée) ne peuvent rendre compte de la nature juridique de la communauté conjugale.

A. — COMMUNAUTE CONJUGALE ET COPROPRIETE

La communauté conjugale ne s'analyse certainement pas dans une copropriété entre mari et femme, car la communauté est, par définition, exclusive de l'idée d'universalité juridique, dont, au contraire, la communauté est inséparable⁽⁸¹⁾. Non seulement, en effet, la communauté se décompose en une double collection de biens (art. 1401) et de dettes (art. 1409), mais encore ces biens et ces dettes, loin de coexister sur deux colonnes parallèles, sont soudés et fondus dans un ensemble indissoluble, ainsi que l'atteste, notamment, l'organisation du bénéfice d'émolument (art. 1483) et de la renonciation (art. 1492). Cette liaison inéluctable de l'actif et du passif est caractéristique de l'universalité juridique. Personne n'a sérieusement contesté, d'ailleurs, que la communauté entre époux fût une universalité juridique, et si on l'a trop souvent qualifiée « copropriété », c'est qu'on attribuait à ce terme le sens impropre d'indivision.

Mais est-ce à dire que les conjoints ne pourraient pas,

(81) Bonnecase, *Supplément au Traité de Baudry-Lacantinerie*, IV, n° 234; Gary, thèse précitée, p. 240 et suiv.

par leur contrat de mariage, établir entre eux, à côté ou à la place de la communauté, une copropriété répondant à l'acception technique ainsi précisée? La conclusion serait excessive et heurterait, au surplus, les tendances jurisprudentielles, telles que les manifeste, au sein de la Chambre des requêtes, un arrêt déjà rencontré, l'arrêt Cassaigne de Mary⁽⁸²⁾. Nous rappelons l'hypothèse : il était prévu, dans les stipulations matrimoniales litigieuses, qu'un immeuble serait acheté en emploi de deniers fournis pour moitié par chaque époux, et qu'il ne serait possible, durant le mariage, d'aliéner cet immeuble, dotal pour la part de la femme, qu'à la charge d'en acquérir un autre au moins équivalent; la Chambre des requêtes, après la Cour de Paris, valida la convention. On pourrait croire, à lire les considérants, que l'arrêt Cassaigne de Mary consacre une thèse extraordinaire : à savoir qu'un contrat de mariage, quel que soit le régime adopté, a la faculté de déroger à l'article 815 du Code civil. C'est l'interprétation de tous les commentateurs⁽⁸³⁾, mais nous la jugeons inexacte. On ne remarque pas assez qu'il s'agissait, en l'espèce, d'un cas de copropriété et non d'indivision, ce qui, d'emblée, mettait l'article 815 hors de cause, car la copropriété est parfaitement et normalement susceptible d'une durée indéfinie⁽⁸⁴⁾. En réalité, la portée de l'arrêt se ramène à ceci : les futurs peuvent valablement instituer entre eux, par contrat de mariage, une copropriété de droit commun. Une telle solution n'a, du reste, rien que de conforme à la nature juridique des régimes matrimoniaux : du fait de l'achat en commun, les époux vont se trouver facilement

(82) Req., 30 nov. 1886, S., 87. 1. 401, note Labbé, D., 87. 1. 49, note Poncet, après rapport de Ballot-Beaupré.

(83) V. Labbé, *loc. cit.*, p. 402, col. 1; Planiol, *Traité élémentaire*, III, n° 804-3°; Lebreton, *La notion d'indivision dans le Droit français actuel*, thèse Caen, 1922, p. 185.

(84) Bonnecase, *Supplément au Traité de Baudry-Lacantinerie*, IV, n° 179.

en état de société civile formée pour l'exploitation de l'immeuble, et cette société civile à objet limité s'intégrera elle-même, sans peine, dans la société civile d'ordre général que le régime matrimonial concrétise.

B. — COMMUNAUTE CONJUGALE ET INDIVISION

Plus qu'à la copropriété, en un sens, la communauté conjugale ferait songer à l'indivision, qui est, comme elle, une universalité juridique. Néanmoins, la comparaison cloche dès le départ. On ne retrouve dans la communauté aucune des caractéristiques de l'indivision : ni l'égalité des droits des coïndivisaires, ni la cessibilité des parts, ni la liberté de provoquer à tout instant le partage, ni, enfin, l'effet rétroactif avec la rigueur extirpatrice de l'article 883. Toutes ces dissemblances de réglementation se résument dans une différence de principe : alors qu'en matière d'indivision, la part de chaque communiste est noyée dans son patrimoine personnel, la communauté conjugale se présente, aux yeux des moins prévenus, comme douée d'une certaine individualité⁽⁸⁵⁾. Cette différence de principe reflète, à son tour, une antinomie de nature : « tandis que l'indivision est une situation juridique inorganisée et se référant à des fins individuelles, la communauté revêt essentiellement un caractère organique adapté à l'intérêt collectif de la famille. »⁽⁸⁶⁾. Comment un état passif⁽⁸⁷⁾, un état anarchique, où, malgré quelques atténuations jurisprudentielles⁽⁸⁸⁾, aucun organisme d'administration n'émerge, un état de stagnation économique, dont le Code civil ne s'occupe que pour en précipiter

(85) Comp. Chauvin, *op. cit.*, p. 131 et suiv.

(86) Bonnecase, *Supplément*, IV, n° 237.

(87) L'expression se trouve déjà chez Troplong (*Société*, n° 22) et Guilouard (*Société*, n° 376).

(88) V. sur ce point, Capitant : *L'indivision héréditaire* (*Revue critique*, 1924, p. 20 et suiv.).

l'anéantissement (art. 815 et 883)⁽⁸⁹⁾, pourrait-il servir de cadre à un régime matrimonial, c'est-à-dire d'armature juridique à un ménage qui se fonde et aspire à développer son bien-être dans l'ordre et l'activité? Aussi bien, les partisans de la théorie de la communauté-indivision, impuissants à résoudre ces antithèses, se hâtent-ils d'ajouter qu'on est en présence d'une indivision gouvernée par des règles particulières⁽⁹⁰⁾. Mais le tout est de savoir si ces règles particulières ne sont pas, au fond, tellement importantes qu'elles aboutissent à transmuier l'essence de l'indivision; et la perplexité ne fait que s'accroître quand on voit cette variante de la théorie se couvrir aujourd'hui d'une étiquette nouvelle : la notion d'indivision organisée.

C. — COMMUNAUTÉ CONJUGALE ET INDIVISION ORGANISÉE

L'indivision organisée, à en croire les auteurs modernes, serait une institution intermédiaire entre l'indivision pure et simple et la société investie de la personnalité morale; au regard de l'indivision, elle se différencierait, notamment, en ce qu'elle comporterait un organe de direction et en ce qu'elle serait soustraite à l'application de l'article 815⁽⁹¹⁾. Bien que le rapprochement de la communauté et de l'indivision organisée soit, de nos jours, en faveur, nous estimons qu'il ne saurait apporter une solution scientifique au problème de la nature juridique de la communauté entre époux. La notion d'indivision organi-

(89) Comp. Bonnecase, *Supplément*, n° 480.

(90) Une confusion terminologique a pu contribuer à la naissance, puis à la persistance de la théorie de la communauté indivision. On trouve, en effet, chez nos vieux auteurs (ex. Pothier, *Traité du contrat de société*, n° 2) l'indivision désignée sous le nom de communauté; et cet emploi du mot, bien que vieilli, n'a pas totalement disparu (Comp. Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Société*, chap. xii).

(91) Planiol, Ripert et Picard, *Traité pratique de Droit civil*, III (*Les Biens*), nos 286-287. Ces auteurs, toutefois, ne font pas figurer la communauté conjugale dans leur liste des prétendues indivisions organisées.

sée, telle qu'on la décrit, épouse, il est vrai, assez exactement les contours de la communauté conjugale; mais il serait enfantin de s'en émerveiller, pour la bonne raison que cette notion a été imaginée, en quelque sorte, sur mesure, tout exprès pour habiller la nature juridique de la communauté⁽⁹²⁾. Si le concept d'indivision organisée se plie aussi facilement à toutes les caractéristiques de la communauté conjugale, c'est qu'il s'agit d'un concept sans consistance ou, pour mieux dire, d'un pur *flatus vocis*, sans attache avec une institution existante ou rationnellement susceptible d'exister. Il y a, en effet, dans cette expression, une contradiction interne qui la ruine. Indivision et organisation sont deux notions qui hurient ensemble. L'indivision est, par essence, inorganique : dès l'instant où elle reçoit une organisation, même rudimentaire, elle cesse d'être indivision et devient, selon l'objet poursuivi, soit une association, soit une société⁽⁹³⁾.

C'est détourner la question que d'objecter, avec M. Capitant : « Une société non douée de personnalité est une indivision, mais, étant établie entre les intéressés par contrat, elle est une indivision organisée. »⁽⁹⁴⁾. Remarquons, d'abord, que la genèse de l'indivision importe peu. Que l'indivision soit engendrée par un acte juridique ou par un fait juridique, elle ne change pas de nature. Si elle constitue un état inorganique, anarchique, ce n'est point parce qu'elle naît, d'ordinaire, sans l'intervention de la

(92) On cite sans doute d'autres cas d'indivision organisée, mais c'est bien à tort : tantôt il s'agit, en réalité, de sociétés commerciales personnifiées (copropriété des navires), tantôt de copropriétés au sens technique (bien de famille, habitations à bon marché, petite propriété rurale), tantôt enfin de dérogations temporaires à l'article 845 (loi du 19 mars 1917). C'est donc avec la communauté conjugale que s'identifie, au fond, l'indivision organisée. Comp. sur les divers cas d'indivision organisée : Bonnecase, *Supplément au Traité de Baudry-Lacantinerie*, IV, nos 185 et 274-275.

(93) Comp. Bonnecase, *Supplément*, IV, n° 238.

(94) Capitant, *De l'indivision qui suit la dissolution de la communauté de biens entre époux* (*Revue critique*, 1929, p. 65-124, note 5).

volonté des parties, c'est parce qu'elle tend, par définition, à donner satisfaction aux intérêts individuels, égoïstes, divergents, des co-indivisaires, non à un intérêt collectif, et qu'elle exclut par là même cette impulsion unitaire qu'une universalité juridique, un patrimoine, postule impérieusement⁽⁹³⁾. Une indivision quelconque peut bien se transformer en indivision conventionnelle conformément au second alinéa de l'article 815; elle n'en conservera pas moins un caractère inorganique et, par contre-coup, une durée précaire. Quant à l'aphorisme qu'une société non douée de personnalité morale est une indivision organisée, il appelle tout de suite le dilemme suivant : — Ou l'on répudie la jurisprudence sanctionnant la personnalité des sociétés civiles; on accepte, sous le Code Napoléon, la persistance de la confusion historique entre la société et l'indivision, et dans ce cas il ne faut pas parler d'indivision organisée : indivision affranchie de la règle de l'article 815, soit; mais, nonobstant cela, indivision inorganique, où chacun, en principe, malgré quelques restrictions, peut et doit agir de son côté, en vue de ses fins individuelles; régime bâtarde et cahotant, qui ne saurait rendre compte du fonctionnement de la communauté conjugale, où les pouvoirs sont concentrés aux mains du mari⁽⁹⁶⁾. — Ou bien, au contraire, on admet, avec la jurisprudence, que, sous réserve des associations en participation, il n'existe pas, dans notre Droit positif, de sociétés qui ne soient revêtues de la personnalité morale, et dans ce cas, l'aphorisme précité tombe de lui-même. Dans les deux cas, on voit qu'il n'y a pas de place, pour la communauté conjugale, entre la société personnifiée et l'indivision pure et simple.

(93) Comp. Bonnecase, *Supplément*, IV, n° 180.

(96) M. Bonnecase (*Supplément*, IV, n° 262) a dressé un parallèle entre la société non personnifiée, telle que la décrivaient ses plus éminents théoriciens, Aubry et Rau, et la communauté conjugale. Le parallèle fait ressortir des oppositions irréductibles.

La théorie de la communauté-indivision organisée pourra-t-elle échapper au dilemme par une dernière métamorphose, en allant chercher un déguisement romantique dans l'exotisme allemand et l'historisme médiéval ? L'étude de la *Gesammte Hand* nous fournira la réponse.

III. — La théorie de la copropriété en main commune ou *Gesammte Hand*.

Après avoir eu son heure de célébrité au début du siècle, cette théorie, souvent étudiée et critiquée en elle-même au point de vue organique⁽⁹⁷⁾, est aujourd'hui dans un visible déclin. Elle n'en mérite pas moins de retenir l'attention. Ses partisans la présentant d'une façon principale, sinon exclusive, comme imposée par la tradition⁽⁹⁸⁾, force est bien de les suivre méthodiquement sur leur propre terrain, le terrain historique⁽⁹⁹⁾, ce qui a l'avantage d'offrir un cadre commode pour décrire le dernier état des

(97) V. Ed. Meynial, *Le caractère juridique de la communauté entre époux* (Rev. trim., 1903, p. 811, compte rendu de la thèse de M. Masse); Colin et Capitant, III, p. 61 et suiv.; Bonnet, *Supplément*, IV, nos 202 et 234 bis, et 162-167.

(98) La théorie de la *Gesammte Hand* est apparue en Allemagne dans une ambiance historique, comme une résurrection de la pure tradition germanique en réaction contre le Droit romain. Les préoccupations historiques sont à la base de la thèse essentielle de M. Masse (*Du caractère juridique de la communauté entre époux*, thèse Paris, 1902) et, quoique moins explicitement, à la base de la thèse de M. Ricol (*La copropriété en main commune*, thèse Toulouse, 1907).

(99) La théorie de la communauté-copropriété en main commune a déjà été critiquée au point de vue historique, mais d'une façon somme toute assez fragmentaire. Voir Meynial (Rev. trim., loc. cit.); Charles Lefebvre, *Le droit des gens mariés*, p. 198; Brissaud, *Cours d'histoire générale du Droit français*, II, p. 1222 et p. 1699, note 1; E. Chénon, *Histoire générale du Droit public et privé*, t. II, fasc. 1^{er}, p. 109. — Comp. Chéron, *Etude sur l'adage*: « *Uxor non est proprie socia, sed speratur fore* », thèse Paris, 1901, p. 147 et suiv.; Aubéry, *La communauté de biens conjugale*, thèse Paris, 1910, p. 157. V. aussi Bastid, *De la fonction sociale des communautés saisibles de l'ancien Droit*, thèse Paris, 1916, p. 145-151; Siesse, *Contribution à l'étude de la communauté d'héritiers en Droit comparé*, thèse Paris, 1922, p. 34 et suiv.

travaux des historiens sur les origines de la communauté. D'autre part, l'argumentation historique est le refuge favori de nombreux auteurs, qui, tout en repoussant l'enveloppe germanique dont s'entoure la *Gesammte Hand*, penchent vers une solution au fond peu différente : ce sont, si l'on ose dire, les théoriciens du « *sui generis* », ceux qui pensent que la communauté n'est ni indivision, ni société, ni personne morale, mais quelque chose d'original et d'indéfini. Tel est M. Meynial, qui va chercher dans l'ancien Droit le secret de « notre heureuse anarchie doctrinale actuelle » (100). Tel est M. Olivier Martin, qui, dans un ouvrage récent, déclare qu'une « comparaison de la compagnie conjugale avec la société ordinaire ne serait pas venue à l'esprit des gens du moyen âge » (101). Voilà un motif de plus pour aller, sur les traces des défenseurs de la *Gesammte Hand*, explorer le passé, afin d'en rapporter non pas l'interprétation même du Droit positif, mais un enseignement d'ordre général facilitant cette interprétation.

Toutefois, avant d'aborder la partie proprement historique d'une telle étude, il convient de résoudre deux questions préliminaires : d'abord, d'où vient la doctrine de la communauté-*Gesammte Hand*, quelle est son histoire externe ? en second lieu, quels sont les caractères intrinsèques de cette notion ou, en d'autres termes, qu'est-ce que la *Gesammte Hand* ?

A. — HISTOIRE EXTERNE DE LA DOCTRINE DE LA COMMUNAUTÉ-COPROPRIÉTÉ EN MAIN COMMUNE

Cette doctrine est née en Allemagne, et les vicissitudes qu'elle y a subies sont fort instructives. Les premiers juris-

(100) Meynial, *loc. cit.*, p. 813. — Comp. Chauvin : *op. cit.*, p. 167-170.

(101) Olivier Martin, *Histoire de la Coutume de la Prévôté et Vicomté de Paris*, t. II, fasc. 1^{er}, p. 183. — Comp., p. 160 : « La communauté conjugale apparaît ainsi comme une communauté familiale réduite plutôt que comme une société selon la technique moderne. »

tes allemands qui s'occupent de la communauté conjugale, au xviii^e siècle, Lauterbach et Mevius, y voient une société au sens romain⁽¹⁰²⁾. En 1684, le commentateur de la coutume de Bamberg, en Bavière, Justus Veracius, écrit que la communauté n'est pas une indivision, mais une « propriété solidaire », où chacun des époux peut dire : tout le patrimoine est à moi⁽¹⁰³⁾. Est-ce là la copropriété en main commune ? Nullement. C'est plutôt une aspiration de l'indivision vers la personnalité morale. Aussi bien les puristes de la *Gesammte Hand* rejettent-ils le *condominium plurium in solidum* comme infesté de romanisme⁽¹⁰⁴⁾. L'idée que, sous le vocable de main commune, existe une catégorie juridique autonome apparaît seulement en 1794 chez Hofacker⁽¹⁰⁵⁾. Elle prend corps au xix^e siècle⁽¹⁰⁶⁾ : Schröder, Heusler, Stobbe, et surtout Gierke, ont le plus fait pour sa propagation⁽¹⁰⁷⁾. Un patriotisme ardent anime

(102) Lauterbach, *Dissertatio de communione bonorum conjugali*. (1661); Mevius, *Commentaire sur le droit de Lubeck*, liv. I, tit. 5, art. 8.

(103) Justus Veracius, *Libellus consuetud. principatus Bambergensis*, tit. *Communio bonorum inter conjuges*, quest. I : « ...quæ uxoris fuerunt jam et ejusdem mariti sunt; vicissim quæ maritus habuerat, jam sua et uxoris suae sint. uno verbo, et maritus et uxor jure dicere potest : totum patrimonium meum est. »

(104) Cela les conduit à rejeter les idées analogues exprimées par la plupart des auteurs du xviii^e siècle : Langsdorf, *Dissert sur le condominium pro indiviso*, 1737; Bauer, *De origine et progressu communis Sazonum manus*, 1746; Eisenhart, *Inst. jur. germ.*, 1753, liv. 2, t. II, §§ 24 et suiv.; Schmidt, *Princ. jur. germ.*, 1758, liv. 2, t. II, §§ 7 et suiv.

(105) Hofacker, *Princ. jur. civ.*, 1794, t. II, §§ 909 et suiv.

(106) Danz, *Deutsches Privatrecht*, 497 et suiv.; Glück, *Kommentar*, t. VIII, § 527; Beseler, *Die Lehre von den Erbverträgen*, t. I, p. 73 et suiv., et *Deutsches Priv.*, § 83; Bluntschli, *Deut. priv.*, §§ 55 et suiv.

(107) Schröder, *Geschichte des ehelichen Güterrechts in Deutschland*, t. II, 1^{re} partie, § 17; 2^e partie, § 4; 3^e partie, §§ 5, 6, 11 et 12; Heusler, *Institutionen des deutschen Privatrechts*, I, §§ 50 à 53, et II, §§ 149 et suiv.; Stobbe, *Miteigentum und gesammte Hand* (*Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, 1864, t. IV, p. 207 et s.) et *Handbuch des deutschen Privatrechts*, 2^e éd., II, § 82, IV, § 239; Gierke, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, t. II, p. 923 et suiv.; *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, p. 339 et suiv., et *Deutsches Privatrecht*, t. I, p. 663 et suiv.

ces auteurs : ils veulent — *a priori* — retrouver dans le passé une institution exclusivement germanique, irrédûctiblement distincte des conceptions romaines. La notion de copropriété en main commune (*Miteigentum zu gesamfter Hand*) est appliquée par eux aux sociétés civiles, aux sociétés en nom collectif, aux commandites, à la communauté d'héritiers, enfin à la communauté entre époux. La communauté conjugale est ainsi érigée en *Gesamfte Hand*, même dans les régions où le Code Napoléon reste en vigueur⁽¹⁰⁸⁾. Vient le Code civil allemand; consacre-t-il cette création doctrinale ? C'est dans l'article 749, à propos des sociétés civiles, que serait formulé le principe général de la *Gesamfte Hand* : « Un associé ne peut disposer pour sa part des objets particuliers dépendant du patrimoine social. » Voilà qui rappelle bien étrangement l'article 1860 de notre code. Les divers types de communauté entre époux ne sont pas régis par des dispositions plus explicites⁽¹⁰⁹⁾. Les partisans de la communauté-copropriété en main commune n'ont reçu, de leur propre aveu⁽¹¹⁰⁾, que des satisfactions partielles ou, pour mieux dire, verbales. Cela n'a rien de surprenant : la théorie de la communauté-*Gesamfte Hand* n'a jamais rallié l'unanimité de la doctrine allemande. En 1843, Dunker, à l'instar de Toullier, prétend que le mari est seul propriétaire

(108) Bade, Palatinat, Prusse rhénane, Alsace-Lorraine, etc. Voir, pour la Bade, Barazetti, *Das Ehe recht nach dem Code Napoléon und dem badischen Landrecht*, § 33, cité par Masse, *op. cit.*, p. 211.

(109) Art. 1437 et suiv.

(110) Gierke, *Personengemeinschaft und Vermögensbegriff*, dans *Bekkers und Fischer's Beiträge*, p. 89 et suiv. — Comp. Motive, §§ 1442, 1444, 1445 : « (Les biens communs) sont faits pour servir, pendant la durée de la communauté, non pas aux intérêts particuliers des époux, mais aux intérêts de la communauté conjugale. » Dans la théorie de la personnalité morale, on ne s'exprimerait pas autrement. La même démonstration pourrait être faite pour le Code civil suisse, qui, selon certains auteurs (Rossel et Mentha, *Manuel de Droit civil suisse*, I, n° 515), considérerait la communauté comme une *Gesamfte Hand*.

de la masse commune⁽¹¹¹⁾. La thèse de la communauté-indivision compte aussi de nombreux adhérents outre-Rhin⁽¹¹²⁾. Ce qui est plus remarquable, dès 1808, *Hasse* affirme avec force que la communauté est une personne morale⁽¹¹³⁾; et, durant tout le XIX^e siècle, cette idée n'a pas cessé de trouver des défenseurs⁽¹¹⁴⁾.

D'autre part, au sein même des théoriciens de la *Gesammte Hand*, de graves divergences se font jour : Heusler est en désaccord certain avec Gierke⁽¹¹⁵⁾; tout un groupe d'auteurs modernes, Joerges, Binder, Sohm, adopte une conception hérétique, où la copropriété en main commune ne se sépare plus de l'indivision romaine que par une imperceptible nuance⁽¹¹⁶⁾. Laband met le sceau à la discussion en niant jusqu'à l'existence de la *Gesammte Hand* en tant qu'institution autonome⁽¹¹⁷⁾. Le concept de *Gesammte Hand* ne semble pas dès lors avoir, même dans son pays, une telle force d'évidence qu'il puisse s'imposer sans conteste. Il apparaît comme la construction artificielle de quelques historiens bien plutôt que comme un produit spontané de l'histoire. Ce qu'il faudrait démontrer pour légitimer son importation, ce n'est pas l'unité des coutumes en France et en Germanie du VI^e au X^e siècle, c'est que la pensée juridique française est actuellement tributaire d'une partie de la doctrine allemande.

(111) Dunker, *Das Gesamteigentum*, § 22.

(112) V. les auteurs cités par Masse, *op. cit.*, p. 198, note 1.

(113) Hasse, *Revision der bisherigen Theorie von der ehelichen Gütergemeinschaft*, § 14.

(114) V. les auteurs cités par Masse, *op. cit.*, p. 199, notes 1 à 9.

(115) V. *infra*, p. 269.

(116) Comp. sur ce point, Siesse, *op. cit.*, p. 91 (et les références). — Au système de la *Gesammte Hand* pure, où l'appropriation collective est indivisée, ces auteurs opposeraient un système d'appropriation collective divisée, caractérisée par l'existence de quotes-part et ne se différenciant de l'indivision que par une coordination plus étroite de l'action des indivisaires.

(117) Laband, *Beiträge zur Dogmatik der Handelsgesellschaften* (*Zeitschrift für das Handelsrecht*, 31, p. 40).

Cependant vers 1895, Saleilles essaya d'acclimater en France la notion germanique : il entreprit d'expliquer surtout historiquement que la société en commandite n'était pas dans notre Droit une personne morale, mais un échantillon de la *Gesammte Hand* ⁽¹¹⁸⁾, et il suggéra à M. Masse l'idée d'une semblable explication pour la communauté entre époux ⁽¹¹⁹⁾. Telle est l'origine de la thèse de M. Masse : le moins qu'on en puisse dire, c'est que la théorie de la communauté-copropriété en main commune s'identifie tout entière en France avec cette œuvre considérable ⁽¹²⁰⁾, à laquelle l'approbation expresse de M. Josserand, dans son *Cours de Droit civil positif*, vient de donner un regain d'actualité ⁽¹²¹⁾.

B. — TRAITS DISTINCTIFS DE LA COPROPRIÉTÉ EN MAIN COMMUNE

Cette notion défie les définitions les plus subtiles. On peut avancer provisoirement la définition suivante, purement descriptive : la copropriété en main commune est un groupement de personnes ⁽¹²²⁾ collectivement titulaires

(118) Saleilles, *Etude sur l'histoire des sociétés en commandite* (*Annales de droit commercial*, 1895, p. 10 et 49; 1897, p. 29).

(119) Comp. Masse, *op. cit.*, p. 30, en note.

(120) Après M. Masse, plusieurs auteurs ont étudié la notion de *Gesammte Hand* en général : Ricol, thèse précitée; Courvoisier, *De la propriété en main commune et de ses applications dans le projet de Code civil suisse*, thèse Lausanne, 1904; Guisan, *La notion de Gesamte Hand ou de conjonction, appliquée à la société en nom collectif*, thèse, Lausanne 1905.

(121) Josserand, *Cours de droit civil positif français*, III, n° 16. V. déjà Josserand, *Essai sur la propriété collective* (*Livre du centenaire du Code civil*, I, p. 357 et suiv.), spécialement, p. 378.

(122) La *Gesammte Hand* ressortit-elle au Droit des biens ou au Droit des personnes? Gierke est assez hésitant (V. sur ce point Ricol, *op. cit.*, p. 38-39). Il déclare que le sujet de la *Gesammte Hand* est une « unité collective ». Il a beau ajouter que ce sujet n'est pas une abstraction, mais les individus tous ensemble dans leur personnalité physique, son langage traduit bien l'impossibilité pour la *Gesammte Hand* de vivre sans se métamorphoser en personne morale.

de certains droits, sans que cette situation constitue une indivision ou une copropriété⁽¹²³⁾ (il existe, en effet, un patrimoine commun distinct du patrimoine des communistes, et les droits de ceux-ci ne se traduisent pas en quotes-parts déterminées), mais sans qu'elle constitue davantage une personne morale (le consentement de tous les communistes étant requis pour la validité d'un acte de disposition). Il reste à énumérer les traits distinctifs de la *Miteigentum zu Gesamter Hand*, en soulignant leur étonnante inconsistance : ils n'apparaissent à une période de l'histoire que pour s'évanouir aussitôt.

a) PREMIER TRAIT DISTINCTIF : L'UNION INTIME DES PERSONNES.

Sur ce premier trait⁽¹²⁴⁾, on peut être bref. Pris à la lettre, il n'a aucune portée juridique. S'il signifie que la *Gesammte Hand* implique l'*intuitus personæ* avec toutes les conséquences qui s'y rattachent, il s'applique aussi bien à la *societas* romaine. Du reste, M. Masse reconnaît que, dès le xii^e siècle, la communauté de vie n'est plus essentielle à la formation de la *Gesammte Hand*⁽¹²⁵⁾. Il serait donc superflu d'insister.

b) SECOND TRAIT DISTINCTIF : L'EXISTENCE D'UN PATRIMOINE COMMUN DISTINCT DES PATRIMOINES PARTICULIERS.

Ici encore⁽¹²⁶⁾, point n'est besoin de s'arrêter longuement. Il s'agit d'un emprunt pur et simple à la notion de personnalité morale.

(123) Les auteurs qui traitent de la *Gesammte Hand* confondent en général copropriété et indivision.

(124) Masse, *op. cit.*, p. 19 et suiv., p. 69 et p. 357.

(125) Masse, *op. cit.*, p. 21-22.

(126) Masse, *op. cit.*, p. 44 et suiv.

c) TROISIÈME TRAIT DISTINCTIF : L'INDÉTERMINATION
DES QUOTES-PARTS.

Ce serait le véritable critère de la copropriété en main commune, celui dont dériveraient tous les autres ⁽¹²⁷⁾. Il servirait à délimiter le domaine de la *Gesammte Hand* aussi bien du côté de la personnalité morale que du côté de l'indivision. Seulement, que faut-il entendre par là? M. Masse oscille entre deux conceptions. Il songe parfois à une absence de parts arithmétiques, pour expliquer cette règle typique des communautés familiales primitives (en Germanie et ailleurs), selon laquelle chaque communiste peut profiter de la chose commune dans la mesure variable de ses besoins ⁽¹²⁸⁾. Mais, comme dans la communauté conjugale, il voit les parts des époux nettement déterminées dès les origines, il substitue à l'indétermination dans l'espace une indétermination dans le temps. Il y a indétermination des quotes-parts en ce sens que la part de la femme (et non du mari ⁽¹²⁹⁾, remarquons-le) est dans le Droit primitif une simple expectative ⁽¹³⁰⁾. Et M. Masse arrive à faire entrer dans le moule de la *Gesammte Hand* tous les textes anciens où les droits de communauté de la femme sont représentés comme des gains de survie ⁽¹³¹⁾. N'empêche qu'il y a là deux idées différentes qui ne parviennent à coïncider qu'autant qu'elles sont laissées dans une égale imprécision. Heusler l'a bien senti, qui s'est refusé à faire de l'indétermination des quotes-parts la caractéristique

(127) Gierke, *Die Genossenschaftstheorie*, p. 345; Masse, *op. cit.*, p. 66-67; Ricol, *op. cit.*, p. 79.

(128) Masse, *op. cit.*, p. 17-18, p. 366 et p. 403.

(129) Sauf dans quelques régions. V. plus bas à propos du droit d'accroissement.

(130) *Anwartschaftsquote*, dit Gierke (*Deut.-Priv.*, I, p. 677-678; II, p. 389-390); Masse, *op. cit.*, p. 281.

(131) Comp. plus bas, p. 272.

fondamentale de l'institution. Il déclare que, dans toute *Gesammte Hand*, même dans les communautés d'héritiers, les parts des communistes sont individualisées⁽¹³²⁾ : on en trouve la preuve constante dans les documents⁽¹³³⁾. Gierke s'est bien efforcé de répondre : il prétend qu'il s'agit de parts théoriques, qui ne sont ni réelles ni réalisables⁽¹³⁴⁾. Cette concession ruine sa thèse : l'incessibilité des parts d'intérêt est la règle dans toute société de personnes⁽¹³⁵⁾. Aussi bien Joerges, Binder, Sohm, et bien d'autres, repoussent-ils cette prétendue caractéristique : pour eux, si la valeur des quotes-parts dans la *Gesammte Hand* est susceptible de fluctuations, il n'en reste pas moins vrai qu'elle peut être déterminée à tout moment⁽¹³⁶⁾.

d) QUATRIÈME TRAIT DISTINCTIF : LA NÉCESSITÉ DE L'ACTION COLLECTIVE DES COMMUNISTES.

C'est sur ce signe diacritique que se rabat Heusler⁽¹³⁷⁾. Les autres théoriciens de la copropriété en main commune ne le considèrent que comme une conséquence — importante — de l'indétermination des quotes-parts⁽¹³⁸⁾. On peut noter tout de suite que ce prétendu critère de la *Gesammte Hand* est assez mal choisi. Dans la société telle que la con-

(132) Heusler, *op. cit.*, I, § 51, p. 229, et § 52, p. 247.

(133) On peut ajouter à ceux que cite Heusler, ceux que cite M. Siesse, *op. cit.*, p. 36.

(134) Gierke, *Deut. Privat.*, I, p. 679; *Die Genossenschaftstheorie*, p. 389 et 619. — Voir, dans Verdelot, *Du bien de famille en Allemagne et de la possibilité de son institution en France*, thèse Paris, 1899, p. 29, note 3, une tentative pour concilier Heusler et Gierke.

(135) Ou, ce qui est pratiquement la même chose, la cession n'est pas opposable à la société (art. 1861). V. Aubry et Rau, VI, § 381, note 11; Laurent, XXVI, n° 332; Guillouard, *Société*, n° 254; Houpin et Bosvieux, I, n° 179; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Société*, n° 224.

(136) Comp. Siesse, *op. cit.*, p. 91.

(137) Heusler, *op. cit.*, I, §§ 51-52.

(138) Masse, *op. cit.*, p. 67; Ricol, *op. cit.*, p. 82-83.

çoit le Code civil sous l'influence romaniste⁽¹³⁹⁾, étant donné le *jus prohibendi* qui est reconnu à chaque associé à défaut de stipulations spéciales sur le mode d'administration (art. 1859-1°), la seule manière efficace de traiter une affaire sociale est d'y faire concourir tous les associés. Cela est au moins exact pour les actes de disposition⁽¹⁴⁰⁾, les seuls précisément qui, dans la théorie de la *Gesammte Hand*, exigent « l'action en main commune » de tous les communistes. Bien plus, les partisans de cette théorie reconnaissent que, sous l'empire des nécessités pratiques, la copropriété en main commune a subi sur ce point une évolution⁽¹⁴¹⁾ : dès le ^{xiii}e siècle, l'action collective est souvent remplacée par un simple consentement donné d'avance; plus tard, on trouve un organisme de gérance, un représentant conventionnel ou légal (par exemple dans

(139) Romaniste, et non pas « romaine ». On discute si, dans le Droit romain classique, le *jus prohibendi* entraînait une véritable limitation juridique du pouvoir de chaque associé ou de chaque indivisaire (on sait que les deux notions sont à peu près confondues à Rome). V. là-dessus, en sens divers : Scialoja (*Lezioni*, 1908-1909, p. 729); Bonfante (*Instituzioni*, 7^e éd., p. 293, note); Joerges (*Miteigentum*, p. 8, n. 23). D'autre part, Justinien a effacé par voie d'interpolations, peut-être sous l'inspiration chrétienne, presque toute la portée de ce *jus prohibendi*. V. Ad. Berger, *Zur Entwicklungs-geschichte der Teilungsklagen im klassischen römischen Recht*, p. 232; Fadda, *Consortium, collegia magistratum, communio*, *Studi in on. di Brugi*, p. 144; Riccobono, *Dal diritto romano classico al diritto moderno*, p. 118.

(140) Malgré la formule de l'article 1859, on admet que la majorité (si aucun gérant n'a été désigné) peut lier la minorité en ce qui concerne les actes d'administration (Pardessus, *Cours de Droit comm.*, IV, n° 979; Troplong, *Société*, nos 720-721; Aubry et Rau, VI, § 382, note 8; Pont, *Traité des sociétés*, n° 565; Guillouard, *Société*, n° 144; Houpin et Bosvieux, I, n° 177. — *Contra* : Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Société*, n° 318). — Quant aux actes de disposition, il est constant (comp. art. 1859-1860) qu'ils ne peuvent être permis qu'avec le consentement unanime des associés (Aubry et Rau, VI, § 382, note 9; Pont, n° 562; Laurent, XXVI, n° 320; Guillouard, n° 145; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n° 333. — Cass. civ., 10 mars 1841, S., 41. 1. 357; Cass. civ., 17 avril 1855, S. 55. 1. 652, D., 55. 1. 213. — Voir plus bas, p. 356, note 394.

(141) V. par exemple Masse, *op. cit.*, p. 60 et suiv.; Ricol, *op. cit.*, p. 14 et 97.

la communauté entre époux, le mari): Ce devient dès lors une véritable énigme de découvrir en quoi la Gesamnte Hand diffère d'une société investie de la personnalité morale.

e) CINQUIÈME TRAIT DISTINCTIF : LE DROIT D'ACCROISSEMENT.

Quand un communiste sort de la Gesamte Hand par mort, renonciation ou exclusion, sa part ne reste pas dans son patrimoine, mais passe à ses coparticipants : ce n'est pas un droit de succession, encore qu'on l'ait soutenu ⁽¹⁴²⁾, mais un droit d'accroissement ⁽¹⁴³⁾. Il s'agit là d'une caractéristique somme toute secondaire ⁽¹⁴⁴⁾, que l'on fait découler de la prétendue indétermination des quotes-parts. Point ne serait besoin de s'y intéresser davantage ⁽¹⁴⁵⁾ si M. Masse n'avait prétendu en retrouver l'application dans certains documents du moyen âge relatifs à la communauté entre époux ⁽¹⁴⁶⁾. A cette époque, on rencontre, en effet, dans quelques régions, une pratique consistant à attribuer au conjoint survivant, *quel qu'il soit*, mari ou *femme*, tous les acquêts en propriété ou du moins en usufruit. Dès le début du xi^e siècle, cette coutume est mentionnée à

(142) Dunker, *op. cit.*, § 4.

(143) Heusler, t. I, § 52, p. 243; Gierke, *Deut. Privatrecht*, I, p. 680; Masse, *op. cit.*, p. 53-54 et 67.

(144) Cependant Stobbe (*Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, IV, p. 236) attache tellement d'importance à cet Accrescenz ou Konsolidations-princip que, partout où il existe, il en déduit la présence de la Gesamte Hand.

(145) Le *jus adcrescendi* n'est d'ailleurs pas étranger au Droit romain. V. Bonfante, *Corso di diritto romano*, II, sect. II, p. 17 et suiv. — Comp. la constitution de Constance C., 10. 14. 1. — Même aujourd'hui, d'une façon qui n'a rien de commun avec la Gesamte Hand, l'accroissement se produit en vertu d'une clause de réversion expresse ou sous-entendue dans certaines catégories d'associations (congrégations non autorisées), où il est frappé par une fiscalité spéciale (Lois du 28 décembre 1880, du 29 décembre 1884 et du 16 avril 1895). Comp. de Varcilles-Sommières, *Les personnes morales*, nos 1545 et suiv.

(146) Masse, *op. cit.*, p. 303.

Worms⁽¹⁴⁷⁾. Des sources postérieures en attestent l'existence à Liège⁽¹⁴⁸⁾, en Hainaut⁽¹⁴⁹⁾, dans la Flandre wallonne⁽¹⁵⁰⁾, dans le Laonnois⁽¹⁵¹⁾, à Amiens⁽¹⁵²⁾, en Anjou⁽¹⁵³⁾, en Poitou⁽¹⁵⁴⁾, enfin dans le Blésois, où, limitée aux nobles, elle subsiste jusqu'en 1523⁽¹⁵⁵⁾. Faut-il reconnaître là le droit d'accroissement inhérent à la copropriété en main commune? Même pour la législation de Worms, l'affirmative paraît douteuse⁽¹⁵⁶⁾. En France, ces usages s'expliquent en réalité par une préoccupation essentiellement contingente d'éviter le partage entre le conjoint survivant et les héritiers du prédécédé. Cela est d'autant plus vraisemblable que, vers la même époque, au xi^e et au

(147) *Lex familiæ Wormatiensis ecclesiæ*, c. I (vers 1020) : *Monum. germ. hist. Constitutiones*, I, p. 639. Nous empruntons toutes ces références à un article récent de M. Lemaire (*Nouv. Revue historique*, 1928, p. 629 et suiv.).

(148) Charte de Brusthem, c. 13 (1175) : les propres du prédécédé sont même englobés dans la dévolution au survivant.

(149) Ordonnance de Baudoin, comte de Flandre (1200), c. 12-13.

(150) Avec la même étendue qu'à Liège : c'est « l'entravestissement du sang ». (V. H. Fasquel, *De l'entravestissement*, p. 48).

(151) Charte de Laon (1128), art. 13; la disposition est limitée aux marchands les plus humbles, qui n'ont pas de propres.

(152) Charte d'Amiens (1190), art. 22.

(153) Etablissements de Saint-Louis, I, 140. — Comp. *Notes d'audiences... au Parlement de Paris*, de 1384 à 1386, publiées par M. Olivier Martin dans la *Nouvelle Revue historique*, 1922, n° 31 : « Fuit allegata consuetudo in partibus Andegavensibus Pictavensibus, Cenomanensibus et Turonensibus, quod omnes conquestus facti tempore dicti matrimonii remanent et, debent remanere penes superviventem..., videlicet per medietate in proprietate et alia medietate in usufructu. »

(154) Charte de 1100 environ, §. Cyprien de Poitiers, n° 84. Plus tard, cette coutume est mentionnée explicitement, mais combinée avec la communauté, *Coutumier de Poitou de 1417*, V, 61 (éd. de 1508).

(155) Procès-verbal de la coutume de 1523 sur l'article 182, dans Bourdot de Richebourg, *Coutumier général*, III, p. 1111.

(156) Les *leges et statuta familiæ Wormatiensis* visaient primitivement le cas d'un mariage entre membres d'une même communauté familiale et ne furent généralisés qu'en 1114 par un édit plus ou moins clair de l'empereur Henri V. Il serait donc facile d'admettre ici l'influence d'une règle que l'on suppose avoir été en vigueur dans les communautés familiales. Mais voir les observations de Heusler II, § 136, p. 324. Le fait que cette dévolution était restreinte à une jouissance viagère semble, du reste, incompatible avec un véritable droit d'accroissement.

xii^e siècles, on tend à remplacer le douaire que le mari assignait jusque-là à la femme en pleine propriété sur ses propres et sur les acquêts par un simple douaire en usufruit, précisément pour échapper aux inconvénients de l'indivision avec les héritiers de la femme (157). L'attribution au conjoint survivant, quel qu'il soit, de la totalité des acquêts en jouissance appartient visiblement au même courant de pratique (158). De *Gesammte Hand*, il n'y a pas la moindre trace.

f) SIXIÈME TRAIT DISTINCTIF :

L'EXPRESSION DE « MAIN COMMUNE » OU « *GESAMMTE HAND* ».

On trouve chez M. Ricol la définition suivante : la *Gesammte Hand* est une propriété vraiment collective qui crée un pouvoir plein et exclusif de plusieurs personnes ensemble sur le même objet et *qui est d'origine exclusivement germanique* (159). Cette manière de définir une institution prétendue existante par la nationalité de son origine a quelque chose d'extraordinaire. Elle révèle peut-être le véritable trait distinctif de la copropriété en main commune. On peut se demander, en effet, si l'apparence germanique d'une telle notion, les expressions de « main commune » et de « *Gesammte Hand* », l'image des mains jointes qu'elles évoquent, n'ont pas fini par donner aux juristes, en Allemagne comme ailleurs, une sorte d'impression d'originalité extérieure et visuelle, d'où ils se sont

(157) Le *dotalicium* en pleine propriété devient plus rare au xi^e siècle et disparaît au xii^e siècle. Dès la seconde moitié du x^e siècle, on cherche à obvier à ses inconvénients en stipulant dans les *libelli dotis* que le conjoint survivant (par conséquent le mari donateur lui-même) gardera la jouissance viagère des biens donnés (Chartes de Cluny, nos 2618 et 2633).

(158) En ce sens, Lemaire, *Nouvelle Revue historique*, 1928, p. 629 et suiv.

(159) Ricol, *op. cit.*, p. 40.

hâtés de conclure à une égale originalité de contenu. C'est pourquoi il n'est pas indifférent de rechercher la provenance du vocable « main commune ».

On le rencontre, à partir du ix^e siècle seulement, dans des chartes ressortissant aux régions du Main et du Rhin : Francfort, Cologne, Aix-la-Chapelle, etc. Des cohéritiers ou des époux y sont dits vendre, léguer, acquérir, engager, s'obliger *communi manu, conjuncta, collecta, communicata, coadunata, complici, pari manu, junctis palmis* ⁽¹⁶⁰⁾. Ces chartes sont assez nombreuses; mais celles qui emploient simplement les mots *simul, una, pariter, pari consensu, communi consilio*, sont en nombre plus considérable encore, et rien ne laisse supposer que la différence de rédaction recouvre la moindre différence de fond. Les termes *communi manu*, etc., font allusion à ce fait banal que les deux conjoints ont agi ou signé ensemble, et non à une formalité juridiquement nécessaire de jonction des mains. Dunker a même soutenu que ces locutions n'avaient pas de signification technique et équivalaient tout juste à la locution adverbiale « en commun » ⁽¹⁶¹⁾.

Dans les sources françaises, la mention de la main com-

(160) Pour les cohéritiers : *Historia Frisingensis* (éd. Meichelbeck, 1724), nos 7-31-33-39-37-80, etc.; *Codex diplomaticus Fuldensis* (éd. Dronke, 1850), nos 184-478-601-608-613; *Urkundenbuch der Abtei St Gallen* (éd. Wartmann, 1863), nos 49-58-364-366-387, etc. Pour les époux : *Quellen von Köln* (Ennen et Eckertz), II, n° 72; *Aachener Urkunden* (éd. Lorsch), n° 41 (*Willelmus et Catharina uxor sua cives Aquenses pari manu vendiderunt abbati et conventui de Kampis domum et aream, etc.*); *Codex diplomaticus Mœno-francofurtanus* (éd. Böhmer, 1836), p. 13-19-21-40-48.

(161) Dunker, *Gesamnteigenthum*, p. 30. — V. dans le même sens, Lefebvre, *Le droit des gens mariés*, p. 199, note. — Que le style de ces chartes n'ait rien de spécifiquement germanique, cela n'est, du reste, pas étonnant : on admet aujourd'hui, en Allemagne même, que la diplomatie médiévale se relie historiquement à celle de l'Empire romain et du monde antique (Brunner, *zur Rechtsgeschichte der Römischen und Germanischen Urkunde*; Steinacker, *Die antiken Grundlagen der Frühmittelalterlichen Privaturkunde*, Leipzig, 1927).

mune est infiniment plus rare et plus tardive⁽¹⁶²⁾. Au xiii^e siècle, Beaumanoir se sert de l'expression « vendre en main commune » à propos d'une compagnie commerciale⁽¹⁶³⁾. On peut relever un autre exemple, au début du xvii^e siècle, dans une coutume flamande⁽¹⁶⁴⁾. Nulle part, ces mots ne revêtent une signification particulière; nulle part, ils ne sont appliqués aux époux communs en biens. Et, cependant, il est une région de l'Europe, dont les théoriciens de la *Gesammte Hand* semblent se désintéresser, où la main commune existe depuis fort longtemps et est législativement érigée en institution indépendante : il s'agit de l'Espagne et du Portugal.

On trouve, dans de nombreux documents espagnols du moyen âge, la mention de la main commune relativement aux obligations contractées ensemble par les époux : les époux sont dits s'obliger *de mancomun*⁽¹⁶⁵⁾. Aujourd'hui

(162) L'expression n'est pas citée dans les éditions premières du *Glossaire* de Ducange (v^o *Manus*) où l'on relève seulement : *manibus compositis feudum recipere*, locution extraite du *Jus feudale Saxonum*, cap. 23. § 1, et interprétée ainsi : *una omnes homagium domino proestare*.

(163) Beaumanoir, *Coutumes de Beauvaisis* (éd. Salmon), n^o 623 : « Mais tant comme la marchandise est ensalle sans départir, s'ils la vendent ou font vendre *en main commune*, chacun doit partir au gain ou à la perte, selon ce que chacun mit en l'achat de la marchandise. »

(164) Les lois et coutumes du pays de Franc et de ses annexes, art. 170 (Bourdot de Richebourg, *Coutumier général*, I, p. 617) : « Tous tuteurs sont tenus de rapporter tous deux *de main commune*, et non l'un sans l'autre, par-devant deux échevins et le greffier des mineurs, tous les biens des mineurs par bonne déclaration et spécification pour être mis et enregistrés au registre des mineurs... Chacun à peine de 10 livres parisis à partager comme ci-devant » (entre le dénonciateur, le seigneur et le greffier). Il se peut qu'il y ait eu là une influence espagnole (Isabelle d'Autriche gouvernait alors la Flandre). — Comp. en 1703, Bornier, *Conférences des Nouvelles Ordonnances*, II, p. 403 : ... « (Si deux personnes) ont fait valoir (un) bien *d'une commune main*, et autres conjectures qui peuvent induire une société. »

(165) V. pour les documents législatifs, *Leyes del Estilo*, loi 207, *Fuero Viejo de Castilla*, liv. 3, tit. 1, loi 11; et pour les documents de la pratique, *Collecion de formulas juridicas de la Edad Media*, n^o 43 bis (*Anuario de Historia del derecho espanol*, t. IV, 1927). — La mention de la main

encore, le Code civil espagnol contient une théorie des obligations *mancomunadas* (art. 1137 et suiv.), qui n'a, d'ailleurs, rien de spécifiquement original par rapport à notre théorie des obligations conjointes et solidaires⁽¹⁶⁶⁾. Or la doctrine espagnole n'a jamais songé à traduire la nature juridique de la communauté conjugale par la notion de copropriété en main commune; la *mancomunidad* n'est visiblement, pour elle, qu'une modalité des obligations : elle s'applique aux époux comme à toutes autres personnes, quand les époux en ont ainsi convenu avec leurs créanciers ou leurs débiteurs; l'essence du régime matrimonial n'y est pour rien. La communauté conjugale du droit portugais n'est pas plus une *mancomunação* que la communauté du droit espagnol n'est une *mancomunidad*. Sans doute, l'action conjointe des époux est-elle, au Portugal, très accentuée, plus accentuée même qu'en Allemagne⁽¹⁶⁷⁾. On n'y parle pas, pour autant, de *mancomunação*. Bien plus, les juristes portugais s'attachent à démontrer que la communauté a eu, chez eux, une origine exclusivement nationale, pure de toute influence germanique⁽¹⁶⁸⁾. Il est vraiment désastreux pour la thèse de M. Masse que, là où la main commune a l'existence la plus nette, elle se soit développée tout à fait à l'écart de la communauté entre époux.

De l'énoncé des différents traits caractéristiques de la copropriété en main commune, une constatation se dégage : c'est que, si l'on excepte le critère de l'action collective, et l'on a vu ce qu'il vaut, le domaine de la *Gesamtheit*

commune se rencontre, antérieurement, en dehors des rapports entre époux, dans le *Fuero Juzgo*, liv. 3, tit. 7.

(166) Comp. Lehr, *Eléments de droit civil espagnol*, 1^{re} partie, p. 348 et 2^e partie, p. 20.

(167) Comp. Roguin, *La science juridique pure*, III, n° 1104.

(168) Roguin, *Le régime matrimonial*, n° 333.

Hand est beaucoup mieux délimité du côté de l'indivision que du côté de la personnalité morale, dont elle ne se sépare guère — à la limite — que par un mot. La théorie de la communauté copropriété en main commune apparaît sous son vrai jour : c'est une réaction contre la théorie de la communauté-indivision. Devant les impossibilités scientifiques où celle-ci conduisait, quelques auteurs se sont jetés sur le premier concept germanique venu pour essayer d'ériger la communauté en un patrimoine autonome. Au contraire, du point de vue des notions de société et d'association, la position prise par ces auteurs est beaucoup plus équivoque. En effet, la Gesamte Hand prétend servir d'ossature aussi bien à des associations comme les associations non déclarées de la loi du 1^{er} juillet 1901 (169) qu'aux sociétés civiles et aux sociétés commerciales par intérêts. Autant dire que, sous le couvert d'une telle notion, la communauté conjugale échapperait à la distinction, essentielle dans notre Droit positif, de la société et de l'association. Il y a là une raison de plus pour s'attaquer à l'argumentation historique derrière laquelle se retranche cette théorie si trouble de la communauté Gesamte-Hand.

C. — CRITIQUE DE LA THEORIE DE LA COMMUNAUTE COPROPRIETE
EN MAIN COMMUNE AU POINT DE VUE HISTORIQUE

La théorie de la communauté-copropriété en main commune, ou, plus brièvement, la thèse de M. Masse, repose

(169) V. en ce sens les déclarations de M. Josserand (*Essai sur la propriété collective*, p. 378 et suiv.). Dans le même sens : Hauriou, *Précis de droit administratif*, 11^e éd., p. 264, et *Précis de droit constitutionnel*, 2^e éd., p. 679, et Ricol, *op. cit.*, p. 348. — V. une réfutation de ce système dans un article de M. Margat, *De la condition juridique des associations non déclarées* (*Revue trimestrielle de droit civil*, 1908, p. 233-260, spécialement p. 249 et suiv.).

au point de vue historique sur trois postulats qu'il convient d'examiner successivement :

- a) PREMIER POSTULAT HISTORIQUE DE LA THÈSE DE M. MASSE :
LA COMMUNAUTÉ CONJUGALE EST D'ORIGINE EXCLUSIVEMENT GERMANIQUE.

Ce postulat est essentiel puisque la copropriété en main commune, d'après ses partisans, est elle-même une institution strictement germanique. Aussi M. Masse s'efforce-t-il longuement d'établir que l'influence des Germains, et en particulier des Francs, a été prépondérante dans la formation de notre Droit coutumier⁽¹⁷⁰⁾. Il reconnaît sans doute que le système matrimonial des lois barbares est fort différent de la communauté⁽¹⁷¹⁾, mais il pense que la constitution communautaire de la famille franque, exempte du « froid individualisme romain »⁽¹⁷²⁾, contient le germe de la communauté entre époux⁽¹⁷³⁾. Or, là-dessus le doute au moins est permis. M. Lefebvre⁽¹⁷⁴⁾ avait déjà montré que l'idée d'une collaboration entre les conjoints était étrangère aux coutumes purement germaniques. Elle était au contraire vivace, dès avant les invasions, dans la Gaule christianisée. Les pratiques communautaires recueillies dans les lois barbares, comme la « *tertia* » de la veuve sur les acquêts (en pleine propriété chez les Ripuaires ou en usufruit chez les Burgondes)⁽¹⁷⁵⁾ sont, en réalité, écloses au contact de la civilisation romano-chrétienne. Le

(170) Masse, *op. cit.*, p. 238-273. — Comp. Ricol, *op. cit.*, p. 232-233.

(171) Masse, *op. cit.*, p. 413.

(172) Ricol, *op. cit.*, p. 15.

(173) Masse, *op. cit.*, p. 414 et s.

(174) Lefebvre, *Leçons d'introduction à l'histoire du droit matrimonial français*.

(175) La loi ripuaire (tit. 37 : *De omni re quam simul collaboraverint*) s'est inspirée sans doute de la loi Gombette (tit. 42; comp. 62 et 74), où il s'agit non pas d'une institution nationale des Burgondes, mais d'une institution de droit nouveau.

mouvement entamé par Lefebvre s'est encore accentué avec la publication d'un ouvrage de M. Roberti sur les origines romano-chrétiennes de la communauté entre époux ⁽¹⁷⁶⁾.

Il y a, peut-être, quelques réserves à faire touchant la part considérable que cette doctrine reconnaît à l'influence chrétienne. On peut se demander si ce n'est pas un rapport de contemporanéité plutôt que de causalité qui existe entre le développement du christianisme et l'apparition de la communauté conjugale. Mais ce qui nous paraît établi, c'est que la cause première de cette apparition ne doit pas être cherchée dans le Droit germanique. Reprenons successivement les deux points.

Il est certain que, dans l'histoire de la communauté, on a un peu abusé de l'argument « christianisme ». D'un point de vue scientifique, nous voyons mal quel élément spécifiquement chrétien pourrait être à l'origine de cette institution, ou même, plus largement, à l'origine de l'idée de société conjugale. On invoque l'action de la morale chrétienne. Mais la morale du christianisme naissant, quant aux devoirs réciproques des époux, ne fait que puiser au fonds commun de l'éthique grecque ou judéo-hellénique ⁽¹⁷⁷⁾. On allègue aussi des textes de la Bible. Seulement ces textes sont tirés de l'Ancien Testament. Ils n'ont donc rien de proprement chrétien. Le plus connu est le verset « *Duo erunt in carne una* » (Genèse, cap. 2, v. 24). Or, il faut considérer ce qu'est devenue cette parole dans la suite des temps. Comme l'observe Brissaud ⁽¹⁷⁸⁾, si elle a été utilisée, en pays communautaire, pour expliquer le principe de la collaboration des époux, elle a servi, chez les jurisconsultes anglais, à légitimer l'absorption de la

(176) M. Roberti, *Le origini romanocristiane della comunione dei beni fra coniugi*, Turin, 1919.

(177) Comp. K. Weidinger, *Die Haustafeln, ein Stück urchristlicher Paränese* (*Untersuchungen zum Neuen Testament*, fasc. 14, Leipzig, 1928).

(178) Brissaud, *op. cit.*, p. 1703, note 4.

personnalité de la femme dans la personnalité du mari ⁽¹⁷⁹⁾, c'est-à-dire précisément la négation de la communauté conjugale. Plus déterminant pourrait être, il est vrai, un autre fragment de la Genèse, non pas en lui-même, mais par l'interprétation historique à laquelle il est susceptible de donner lieu. Il s'agit du verset : « *Mulier (ait Adam) quam dedisti mihi sociam.* » (Cap. 3, v. 12.) En effet — particularité qui a été relevée, au xvi^e siècle, par Tiraqueau ⁽¹⁸⁰⁾, et qui est bien négligée aujourd'hui — les trois versions : hébraïque, grecque et latine, de ce passage présentent une divergence suggestive :

TEXTE HÉBREU	VERSION DES SEPTANTE	VULGATE
אֲשֶׁר נָתַתָּה עִמָּדִי	ἣν ἔδωκας μετ' ἐμοῦ	<i>quam dedisti mihi sociam</i>
(<i>quam dedisti mecum</i>)	(<i>quam dedisti mecum</i>) ⁽¹⁸¹⁾	

Ainsi, l'idée que la femme est une associée surgit, dans la Vulgate, avec une netteté inconnue aux versions antérieures. De la Septante (iii^e siècle avant J.-C.) à la Vulgate (v^e siècle après J.-C., selon la tradition), le progrès des tendances communautaires semble très marqué. Il serait plausible d'attribuer ce progrès à une influence spécifiquement romano-chrétienne. Mais c'est un fait que le texte de la Vulgate a subi, entre le v^e et le xvi^e siècles, de nombreuses corrections. Le mot *socia* n'a-t-il pu être introduit par des copistes à une époque où la communauté était déjà implantée dans une grande partie de l'Europe occidentale ? Nous n'avons pas le loisir de vérifier cette conjecture : elle n'a rien, toutefois, d'in vraisemblable. Du reste, même s'il était prouvé que le passage litigieux est authentiquement du v^e siècle, il serait difficile d'en tirer une conclusion pré-

(179) Comp. sur ce point, Génestal, *La femme mariée dans l'ancien Droit normand* (Nouv. Revue historique, 1930, p. 499-505).

(180) Tiraqueau, *In octavam legem connubialem*, glossæ primæ pars VIII.

(181) On peut remarquer que, dès avant le christianisme, des penseurs avaient perçu dans μετ' ἐμοῦ une nuance favorable à l'idée de société (V. par ex. Philon, *Commentaire allégorique*, 3, 48, 56).

cise quant aux origines de la communauté. Les Romains de l'époque classique, eux aussi — nous l'avons signalé — n'hésitaient pas à qualifier la femme *socia*. Le terme a un sens vague, et, dans la Vulgate comme dans beaucoup d'autres endroits, il se réfère à la notion fuyante d'association conjugale, non à la notion technique de communauté. Pour établir un lien de causalité entre le christianisme et la communauté conjugale, il faudrait, en réalité, démontrer que les pratiques dont ce régime matrimonial est issu constituent des pratiques originalement chrétiennes. Or, la démonstration est loin d'en être apportée. On dit bien que l'usage médiéval de faire concourir les deux conjoints aux actes de disposition — l'usage de l'action en main commune — a un caractère proprement chrétien. Mais nous n'y croyons guère : le concours des deux époux aux actes juridiques — concours qui n'est pas, d'ailleurs, la communauté — se retrouve, au moyen âge, chez les Musulmans d'Espagne⁽¹⁸²⁾ et de Sicile⁽¹⁸³⁾ et dans le monde hébraïque⁽¹⁸⁴⁾, aussi bien que parmi les populations catholiques. Où l'influence chrétienne semble mieux avérée, c'est dans la règle de Droit canonique : « *Nullum sine dote fiat conjugium* », règle qui a indéniablement contribué à l'apparition de la communauté, en rendant obligatoire la *dos ex marito*; dont une forme très fréquente fut le douaire de la femme sur les acquêts. Mais cette règle n'a pas elle-même une nature spécifiquement chrétienne : elle ne fait que continuer la coutume hébraïque de la kétouba⁽¹⁸⁵⁾. Nous sommes donc fondé à conclure que, si la communauté

(182) Comp. *Algunos capitulos del formulario notarial de Abensalmon de Granada, passim* (*Anuario de Historia del derecho espanol*, t. IV, 1927, p. 319-375).

(183) Comp. Finocchiaro-Sartorio, *La comunione dei beni tra coniugi nella storia del diritto italiano*, p. 44.

(184) Comp. *Documentos hebraicos del Archivo del Pilar* (*Boletin de la Real Academia de Historia*, t. 96, p. 669).

(185) Comp. Lemaire, *Origine de la règle « Nullum sine dote fiat conjugium »* (*Mélanges Paul Fournier*, p. 415-424), spécialement p. 419-420.

a pu rencontrer dans la civilisation chrétienne un milieu propice, elle n'est pas véritablement née du christianisme.

Ce qui est sûr, en tout cas, c'est qu'elle n'est pas née du Droit germanique. On s'est longtemps imaginé la communauté conjugale comme une institution venue du Nord. Les travaux récents des historiens tendent à la représenter comme une institution orientale. On peut, d'abord, se demander si certaines provinces de l'Empire romain n'avaient pas conservé des pratiques locales de communauté. On se l'est surtout demandé pour l'Égypte, où l'on a conjecturé que le mariage non écrit (*ἀγγαφὸς γάμος*) — à la différence du mariage écrit, générateur d'un régime dotal — avait pour effet d'établir une communauté entre les époux⁽¹⁸⁶⁾. Au Bas-Empire, dans tout l'Orient, on voit poindre une tendance communautaire sous le couvert de la *donatio ante nuptias*. La *donatio ante nuptias*, la *δωρεα*, faite par le mari à la femme, est mise dans un parallélisme croissant avec la dot, la *φερνή*, apportée par la femme au mari. La *δωρεα* et la *φερνή* ne sont pas loin de constituer une masse commune, cimentée, au moins secondairement, par une même affectation familiale⁽¹⁸⁷⁾. Cependant, au temps de Justinien, ce mouvement communautaire devait être encore assez faible, car il n'eut pas sanctionné par la compilation. Postérieurement à Justinien, il prit, au contraire, une grande ampleur. Certaines versions du Livre syro-romain attestent la pratique d'une véritable communauté, attribuée en usufruit à l'époux survivant et en nue propriété aux enfants, à la dissolution du mariage⁽¹⁸⁸⁾. En 740,

(186) Arangio-Ruiz, *Corso di Istituzioni di diritto romano*, II, p. 217, note.

(187) Comp. Bonfante, *Corso di diritto romano*, I, p. 393.

(188) Comp. Cornil, *Droit romain*, p. 600; et les papyrus cités par M. Arangio-Ruiz, *loc. cit.* — Il y a lieu, toutefois, d'après M. Scherillo (*Rivista di storia del diritto italiano*, II, 1929, p. 487 et suiv. et III, 1930, p. 624 et suiv.), de distinguer, sur ce point, le Droit des papyrus gréco-égyptiens et le Droit romano-byzantin, envisagé entre le Code théodosien et les empereurs isauriens.

l'Ecloga de Léon l'Isaurien (tit. II, § 44) fit de la communauté le régime légal du Droit byzantin. C'est par l'Ecloga que la communauté fut introduite en Sicile et dans diverses régions de l'Italie⁽¹⁸⁹⁾. En France, si la communauté conjugale ne peut pas être considérée comme descendant directement de la législation byzantine, il n'en est pas moins vrai que, des deux pratiques dont elle est issue, — comme nous le verrons, — l'une, la pratique de la copropriété d'acquêts entre époux, a une origine romaine; l'autre, la pratique du douaire de la femme sur les acquêts, a une origine hébraïque. On ne saurait donc reconnaître au Droit germanique une influence déterminante dans l'apparition du régime de communauté.

b) DEUXIÈME POSTULAT HISTORIQUE DE LA THÈSE DE M. MASSE :
LA FORMATION DE LA COMMUNAUTÉ EST ACHÉVÉE DÈS LE
XI^e SIÈCLE.

Ce second postulat, moins explicitement énoncé que le premier, s'y rattache de près. Il est indispensable, pour que la communauté ait pu emprunter le cadre germanique de la *Gesammte Hand*, qu'elle se soit formée de bonne heure, à une époque où l'influence franque était encore active. Aussi M. Masse s'appuie-t-il constamment sur une conception déterminée de l'évolution historique de notre Droit matrimonial. Cette conception, qui était d'ailleurs généralement admise jusqu'à ces derniers temps, même par les adversaires de la théorie de la copropriété en main commune⁽¹⁹⁰⁾, peut se résumer de la façon suivante. La communauté apparaît comme définitivement constituée au

(189) Finocchiario-Sartorio, et les références; comp. les deux articles précités de Brandileone (*Rivista italiana di sociologia*, 1906, fasc. 2) et de Ciccaglione (*Archivio storico per la Sicilia orientale*, 1906, fasc. 4).

(190) Lefebvre l'admettait et par lui elle s'est répandue dans les thèses de doctorat : Chéron, *op. cit.*; Laporte, *Influence du droit romain sur les rapports des époux au moyen âge*, thèse Paris, 1906; Aubéry, *op. cit.* — Comp. dans le même sens, Chéron, *op. cit.*, t. II, fasc. 4, n° 360.

xi^e siècle⁽¹⁹¹⁾ et s'épanouit au xiii^e ⁽¹⁹²⁾. C'est alors une société harmonieuse, où les deux associés sont en principe égaux, où cette égalité se révèle, par exemple, dans la participation de la femme aux actes les plus importants. Par malheur, dès le xiv^e siècle, avec la renaissance du Droit romain, des éléments étrangers — l'incapacité de la femme, l'idée de dot, l'hypothèque légale ⁽¹⁹³⁾, l'extension de la faculté de renoncer ⁽¹⁹⁴⁾, s'introduisirent dans cette belle construction gothique et ne tardèrent pas à la dégrader. Le concept d'association conjugale subit une régression. L'étincelle médiévale n'est heureusement pas encore étouffée sous la cendre romaniste — c'est par un retour à la conception traditionnelle qu'on rendra sa vraie signification à la communauté entre époux. Et, ajoute M. Masse, la *Gesammte Hand* nous en donne le moyen.

Mais ce schéma historique un peu simpliste a récemment soulevé les objections d'un historien, M. André Lemaire ⁽¹⁹⁵⁾. Celui-ci, dans un article d'une grande péné-

(191) Masse, *op. cit.*, p. 277. Lefebvre va plus loin encore (*Droit des gens mariés*, p. 155-158) : Dès avant la fin de la première race, la coutume s'était établie d'une *vraie communauté* d'acquêts.

(192) Lefebvre, *La coutume française du mariage au temps de Saint-Louis*, p. 38 : Notre vraie coutume du mariage, celle du xiii^e siècle..., devra toujours compter, elle aussi, parmi nos gloires nationales, comme il apparaît bien qu'elle a été l'œuvre de coutume chrétienne au pays français.

(193) Du moins dans son principe; car on se plaît à remarquer que l'hypothèque légale, par la pratique des renonciations et des subrogations, aboutit à restaurer l'action conjointe des époux.

(194) L'histoire de la renonciation à communauté n'est du reste pas aussi simple que ces auteurs le pensent en général. Comme l'a montré M. Olivier Martin (*Société d'histoire du Droit*, compte rendu dans la *Nouv. Rev. historique*, 1924, p. 576), la renonciation est au xiv^e siècle une prérogative de droit commun; une confusion de Jacques d'Ableiges (*Grand coutumier*, II, 41) amena dans la pratique du début du xv^e siècle la restriction aux femmes nobles, qui est de règle dans la première partie du xvi^e siècle (art. 115 Ancienne Cout. de Paris; opp. art. 237 de la Coutume réformée).

(195) Lemaire, *Les origines de la communauté de biens entre époux dans le droit coutumier français* (*Nouvelle Revue historique*, 1928, p. 584 et suiv.). V. déjà Brissaud, *op. cit.*, p. 1700, note 1.

tration, distingue l'esprit communautaire et la communauté. L'esprit communautaire est bien antérieur à la communauté. M. Lemaire lui attribue, on le sait, des origines romano-chrétiennes. Il nous semble plus ancien encore, car, pour nous, il traduit simplement l'idée que tout régime matrimonial implique, au fond, une société. L'esprit communautaire a pris corps, au début du moyen âge, dans deux pratiques purement conventionnelles et facultatives :

1° La pratique originale d'une copropriété d'acquêts entre époux. Il s'agit ici d'une copropriété au sens technique défini précédemment, d'une copropriété d'acquêts individualisés, et non d'une indivision recouvrant une universalité juridique. Cette pratique, que l'on signale dès 491 dans les Papyrus de Ravenne⁽¹⁹⁶⁾, se retrouve du ix^e au xii^e siècle dans toute la France, même dans les futurs pays de Droit écrit, mais plus particulièrement dans le Centre et l'Ouest. Elle a même influencé, aux xiii^e et xiv^e siècles, la rédaction de quelques coutumiers⁽¹⁹⁷⁾.

2° La pratique du douaire sur les acquêts. Les gains de survie institués par les lois barbares perdirent vers la fin du ix^e siècle leur force légale⁽¹⁹⁸⁾, mais l'usage ne s'en perdit pas. Tout mariage *in facie Ecclesiæ* exigeait alors une *dotatio* de l'épouse par son mari; on prit l'habitude, soit

(196) Ed. Marini, n° 84 : donation par deux conjoints à l'église de Ravenne d'une maison qui était leur propriété commune (*cāsam juris nostri*).

(197) Livre de Jostice et de Plet (Orléanais, xiii^e s.) : liv. IX, 1, § 4. — Très Ancienne Coutume de Bretagne (début du xiv^e s.) : la femme est aussi grande que l'homme dans les conquêts, §§ 211 et 217. — Livre des droits et commandements d'office de justice (Poitou, fin du xiv^e s.) : §§ 828 et 829.

(198) Les formules de *libelli dotis* antérieures au milieu du ix^e siècle ne se préoccupent pas d'assigner à la femme une part d'acquêts, précisément parce que le droit légal de la veuve sur les acquêts était toujours en vigueur. La nouvelle pratique est attestée pour la première fois en Lombardie vers 650 (*Monumenta germ. Hist. Leges*, IV, p. 595 et suiv.; form. n° 1 et 16), en France au début du x^e siècle (Chartes de Cluny, n° 88, puis n°s 639, 1392, etc.).

au moment du mariage dans le *libellus dotis*, soit après, de comprendre dans la dot un tiers des acquêts (outre un tiers des propres de l'époux) en pleine propriété. A partir du x^e siècle, la quotité de ce douaire mixte sur les propres et les acquêts est parfois portée à la moitié⁽¹⁹⁹⁾; au xi^e siècle, il est limité à l'usufruit⁽²⁰⁰⁾. En tout cas, il n'y a pas là une véritable coutume, mais une pratique extrajudiciaire, très générale⁽²⁰¹⁾, il est vrai, puisqu'on la rencontre jusque dans les régions méridionales où le régime dotal devait plus tard être reçu⁽²⁰²⁾. Quant aux meubles, le mari les faisait tous siens, selon les principes du *bail*, à charge de répondre seul du passif⁽²⁰³⁾. Cependant, la femme *survivante* pouvait assez souvent en recueillir une partie ou la totalité, en vertu soit d'un usage local, soit d'une clause spéciale de son dotalicium⁽²⁰⁴⁾.

De ces deux pratiques confondues, la communauté conjugale devait sortir péniblement à la fin du xi^e siècle et au siècle suivant. Diverses circonstances expliquent cette transformation. A la même époque, se produit une différenciation entre les propres et les acquêts au point de

(199) Les dotalicia de la collection de Cluny révèlent des modalités variables : un tiers des acquêts (nos 7, 88, 358, 659, 668, 687, etc.); la moitié des acquêts (n° 705); la totalité ou la moitié des acquêts qui pourront être faits dans tel lieu désigné (nos 86, 1415, 1425, 1426).

(200) V. *supra*, note 137.

(201) Chez les roturiers, il est probable qu'il y a eu des infinités de cas de dotation verbale, qui n'ont laissé aucune trace dans les documents.

(202) Charte de 1023 dans le cartulaire A. de S. Hugues, de Grenoble, n° 21. Sponsalicium du vicomte Fouque, à Marseille, en 1005 (A. de Ruffi, *Hist. de Marseille*, 2^e éd., 1696, I, p. 484).

(203) Beaumanoir (n° 930) dit encore au xiii^e siècle : les meubles sont à l'homme, le mariage durant.

(204) Beaucoup de douaires mixtes englobent une part de meubles. D'autre part, les coutumes précitées de Brusthem, Lille, Laon, attribuent au survivant la totalité des meubles comme des acquêts. On a pu admettre, en outre, d'une façon générale, que chaque conjoint avait le droit de disposer d'une certaine quantité des meubles pour ses legs pieux. V. Olivier Martin, *Hist. de la Coutume de Paris*, II, fasc. I, p. 166, et la charte du début du xi^e siècle, commentée par lui (Cart. de Longpont, n° 63).

vue successoral⁽²⁰⁵⁾. Dès lors, le douaire mixte va se dédoubler : sur les propres du mari, il va devenir le douaire proprement dit, simple usufruit du conjoint survivant; sur les acquêts, les droits de la femme vont se consolider et seront désormais transmissibles à ses héritiers⁽²⁰⁶⁾. Avec les progrès déjà sensibles de la richesse mobilière, les meubles cessent d'être la propriété exclusive du mari et suivent le sort des acquêts⁽²⁰⁷⁾. Enfin, au xiii^e siècle, on admet l'exécution — au moins indirecte — sur les immeubles du débiteur : le passif apparaît alors comme corrélatif aux deux éléments de l'actif commun. L'idée que la communauté conjugale constitue une universalité juridique indépendante se fait jour faiblement. La communauté ainsi conçue commence à peine à s'organiser au xiii^e siècle. Issue des usages précédents, elle devait en garder longtemps des « traces qui ne se sont jamais complètement effacées. La fameuse formule de Dumoulin, au xvi^e siècle : « *Uxor... non est proprie socia sed speratur fore* », n'exprime pas une réaction contre les droits de l'épouse et une déformation de la communauté primitive; elle continue simplement une antique et profonde tradition coutumière »⁽²⁰⁸⁾. Elle n'est qu'une étape, est-il

(205) Réserve coutumière (entre 1175 et 1250); retrait lignager (entre 1210 et 1250).

(206) Le douaire sur les acquêts se maintint même dans quelques coutumes : Artois (Anc., 118; Nouv., 172), Hainaut (33, 4), certaines parties de l'Auvergne (Bourdot de Richebourg, *op. cit.*, IV, p. 1195 et suiv.).

(207) Ce n'est, du reste, pas sans peine qu'on en arriva à les faire entrer dans le patrimoine commun; le langage de Beaumanoir (V. plus haut) le prouve. C'est pourquoi il serait inexact et inutile de reprendre l'objection que faisait M. Meynial (*loc. cit.*, p. 827) à M. Masse : « L'action en main commune apparaît dans les documents à propos des acquêts; or, quand la communauté se révèle pour la première fois, c'est appliquée non aux acquêts, mais aux meubles. » En réalité, la communauté proprement dite ne s'est pas formée pour les meubles plus tôt que pour les acquêts; dans les deux cas, elle ne remonte pas plus haut que la fin du xii^e siècle.

(208) Lemaire, *loc. cit.*, p. 643.

permis d'ajouter, dans l'évolution ininterrompue, quoique boiteuse, par laquelle la communauté conjugale s'est organisée en société ⁽²⁰⁹⁾.

Seulement, si l'on accepte les conclusions de M. Lemaire, on ne voit plus comment la copropriété en main commune pourra venir s'insérer dans le développement historique ainsi décrit. Il est inconcevable qu'une institution germanique surgisse de toutes pièces au ^{xiii}^e siècle pour donner une forme à la communauté naissante; c'est d'autant plus inconcevable que cette époque, « la période courtoise », est marquée, à tous les points de vue, par une intense pénétration de l'influence française en Allemagne ⁽²¹⁰⁾. Ne serait-il pas possible, toutefois, de reconnaître la *Gesammte Hand* dans l'une des pratiques communautaires antérieures ?

En ce qui concerne la copropriété d'acquêts dont il a été question plus haut, la négative est certaine. Le critère tiré de l'indétermination des quotes-parts est ici, plus que partout ailleurs, irrecevable. Les chartes où il est fait mention de cette pratique prouvent que, dès avant la dissolution du mariage, la part de chaque conjoint dans les acquêts était nettement déterminée ⁽²¹¹⁾. On est en présence d'une

(209) Il faut noter que cette signification de la formule de Dumoulin avait déjà été entrevue par Ginouilhac (*Histoire du régime dotal et de la communauté*, p. 335-336) et Laboulaye (*Recherches sur la condition des femmes*, p. 387), mais rejetée par Laferrière (*Histoire du droit*, t. VI, p. 362), Viollet (*Introduction aux Etablissements de Saint-Louis*, t. I, p. 147), Glasson (*Histoire du Droit*, t. VII, p. 367).

(210) V. sur ce point L. Reynaud, *Histoire générale de l'influence française en Allemagne*. Il n'est pas indifférent de noter que cet ouvrage est antérieur à la guerre de 1914.

(211) Empruntons quelques exemples à l'article de M. Lemaire : 1^o Recueil de Cluny, donation de Rihelt à Aïnon son mari (937), ayant pour objet la moitié appartenant à l'épouse dans divers conquêts (le *dotalicium* de Rihelt ayant été conservé et portant uniquement sur les biens présents du mari, la donation de 937 ne peut viser que des conquêts dont les deux époux étaient copropriétaires) : « de ipsos mansos la mea medietate tibi dono. » L'acte énumère ensuite huit autres conquêts et répète pour chacun d'eux : « la mea medietate tibi dono »; 2^o Cartulaire de Noyers,

copropriété romaine, sur laquelle la *Gesammte Hand* n'a pas le moins du monde déteint.

Quant au douaire sur les acquêts, le problème est plus délicat. M. Masse, moins circonspect que certains des fondateurs de sa théorie⁽²¹²⁾, soutient expressément qu'il « faut chercher l'origine du système de la *Gesammte Hand*, pour la communauté entre époux, dans la coutume établie pour le mari d'assigner à sa femme comme dot ou comme Morgengabe une part des acquêts, usage qui, plus tard, se change en un droit légal pour la veuve »⁽²¹³⁾. Cependant, ici encore, son hypothèse est très fragile. S'il s'attache tant à la dotatio de la femme sur les acquêts, c'est qu'il y voit l'origine de ce qu'il appelle l'action en main commune⁽²¹⁴⁾, c'est-à-dire du concours des deux conjoints aux actes de disposition, concours dont les exemples abondent, en effet, dans les documents du moyen âge. Aussi convient-il d'approfondir la signification de cette participation de la femme aux actes juridiques. On a vu plus haut que ce prétendu trait caractéristique de la *Gesammte Hand* n'en était pas un. Cela est tellement vrai que, dans le texte du Digeste qui mentionne une société universelle entre époux, il est précisé que les esclaves communs ont été affranchis par les deux conjoints agissant de concert⁽²¹⁵⁾. Les Papyrus de Ravenne témoignent

n° 9 : « ut monachi... post mortem meam habeant *partem meam*, hoc est *mediatatem* »; 3° Cartulaire de Saint-Martin de Pontoise, éd. J. Depoin, n° 123 : « Regina uxor Radulphi concessit eleemosinam. Ipsius etenim feodi *medietas* pertinebat ad eam, pro eo quod Radulphus et ipsa simul adquisierant illum. »

(212) Heusler (*op. cit.*, II, § 152, p. 413) critiquait fortement ceux qui, comme Schröder (*Geschichte des ehelichen Güterrechts*, II, 2, p. 177), confondaient la *Gesammte Hand* avec le *Beispruchsrecht* (consentement de la femme nécessité par le douaire). — Comp. dans le même sens les observations de M. Meynial, *loc. cit.*, p. 827.

(213) Masse, *op. cit.*, p. 124-129.

(214) Masse, *op. cit.*, p. 290.

(215) Dig. 34. 1. 16. 3 : « ... eo tempore, quo societas inter eos permansit, manumissi *ab utrisque* et communes liberti facti sunt. »

de l'existence de cette action collective au v^e siècle. Rien de spécifiquement germanique dans tout cela. Certes, à partir du ix^e siècle, le concours des époux devient notablement plus fréquent, mais il ne faut pas y voir l'indice d'un changement juridique précis. On rejoint ici la pratique des *laudationes* ⁽²¹⁶⁾. Ceux qui passent un acte y font concourir quiconque pourrait le critiquer ⁽²¹⁷⁾ : non seulement la femme, mais les enfants; et la femme non seulement quand il s'agit d'un acquêt, mais quand il s'agit d'un propre du mari. Ce qui montre bien que cet usage n'a pas la portée juridique supposée, c'est que des biens acquis par une action conjointe des deux époux demeurent la propriété personnelle de l'un ou de l'autre ⁽²¹⁸⁾. Par ailleurs, la participation du mari et de la femme à une même aliénation est un moule uniforme, où sont coulées les hypothèses les plus dissemblables. A une époque de décadence législative, où les droits de chacun étaient imparfaitement définis, il n'y avait pas de moyen plus commode pour assurer l'efficacité d'un acte sans rien préciser. « S'agissait-il d'un propre du mari ? Le concours de la femme à l'aliénation emportait renonciation aux droits qu'elle tenait de sa dotatio. S'agissait-il d'un propre de

(216) Brissaud, *op. cit.*, II, p. 381.

(217) V. Olivier Martin, *op. cit.*, p. 162-163, et l'exemple qu'il cite : vers 1079, Henri Roussel donne un cens (probablement propre), avec l'approbation de sa femme, de leur *fille* et de leur gendre, « et omnibus qui calumniam inferre potuerunt ». Les Chartres qui ne parlent que du consentement de la femme peuvent s'appliquer à des ménages sans enfants. C'est seulement à partir du xii^e siècle que le consentement de l'épouse à l'aliénation d'un propre du mari est motivé dans l'acte par son droit au douaire.

(218) Par exemple, Chartes de Cluny : I, 364, 380; III, 2605 : tel mari donne à sa femme durant le mariage des biens qu'ils ont acquis ensemble, et sa donation ne porte pas sur une part seulement, mais sur la totalité de l'acquêt. En Poitou, en Bourgogne, où les acquisitions sont constamment libellées au nom des deux conjoints, le mari dispose seul pour le tout des biens ainsi acquis (Cartul. de Saint-Cyprien, de Poitiers, n^o 319, in *Archives hist.*, Poitou, III; Cluny, I, n^o 287, et III, n^o 1854).

la femme ? Le concours du mari valait autorisation et renonciation à son droit de jouissance; plus exactement, et abstraction faite de nos idées modernes, le mari, en saisine des biens de sa femme, était lui-même aliénateur. S'agissait-il enfin d'un conquêt ? Soit que la femme fût associée aux acquêts à titre de douaire, soit qu'elle y eût sa part à titre d'acquisition conjointe, le concours des deux époux à l'aliénation répondait encore à tous les besoins : chacun d'eux, s'étant porté aliénateur, s'était dépouillé de tous ses droits. »⁽²¹⁹⁾ Cette habitude était tellement enracinée qu'on en arrivait à employer le pluriel dans les chartes sans aucune utilité⁽²²⁰⁾.

L'explication profonde du phénomène doit être cherchée, à notre avis, dans un instinct des peuples barbares : la recherche de l'unanimité. M. Pirenne a justement montré comment le Droit public médiéval avait été dominé par ce goût de l'unanimité et avec quelle peine il s'en était débarrassé, dans les assemblées ecclésiastiques et communales, pour adopter, vers le ^{xiii}^e siècle, une règle majoritaire⁽²²¹⁾. Parallèlement, jusque vers le ^{xiii}^e siècle aussi, le goût de l'unanimité a influencé notre Droit matrimonial; mais comme, dans une société de deux personnes, il n'y a pas place pour une règle majoritaire, la règle de l'unanimité ne disparut ici — par un progrès certain — que pour être remplacée par la gérance exclusive du mari.

Le douaire sur les acquêts présenterait-il, du reste, cette caractéristique de la copropriété en main commune qu'est l'indétermination des quotes-parts ? Les *dotalicia* déter-

(219) Lemaire, *loc. cit.*, p. 649, en note.

(220) C'est ainsi que dans les actes constatant une vente faite à deux conjoints on trouve toujours la formule : « et accepimus de vobis precium valente », alors que c'est le mari, seul tenu du passif, qui paie le prix.

(221) *Journées d'histoire du Droit*, Bruxelles, juin 1930; compte rendu in *N. Rev. historique*, 1930, p. 598.

minent arithmétiquement la part de la femme dans les acquêts⁽²²²⁾. M. Masse objecte que cette part est indéterminée parce qu'elle est conditionnelle et subordonnée au prédécès du mari⁽²²³⁾. On a réfuté plus haut cette conception bizarre, qui tendrait à transformer en copropriétaires en main commune tous les donataires de biens à venir. Il reste à faire justice d'un argument tiré par M. Masse⁽²²⁴⁾ de quelques textes de l'ancien Droit, qui semblent dénier à la femme tout droit actuel sur les acquêts. La coutume de Reims (art. 239), au xvi^e siècle, dit que « homme et femme... ne sont uns et communs » et ajoute « (la femme) partit néanmoins après le décès du mari ». Dumoulin pense que le droit de la femme est « potius in habitu quam in actu »⁽²²⁵⁾. Lebrun pense que « par rapport au temps du mariage, il n'y a rien de si faible (que ce droit) »⁽²²⁶⁾. Pothier le qualifie de « droit informe, qui n'est proprement autre chose que le droit de partager un jour ce qui composera cette communauté lors de la dissolution »⁽²²⁷⁾. Voilà, triomphe M. Masse, un souvenir de la *Gesammte Hand* germanique, dans laquelle personne n'avait de droits déterminés. Explication spécieuse : il s'agit d'une survivance de l'époque — à tout prendre,

(222) Formule n° 4 précitée du *Cartularium Lombard* (milieu du ix^e siècle) : « ...Trade per hanc pergamenam cartam de morgincap ad Albergam de quarta portione omnium rerum quas nunc habeo aut inantea acquirere poteris... ». Charte 7 de Cluny (datée de 833, mais se plaçant en réalité vers 920) : « ...Cedo etiam tibi *terciam partem* ex omnibus rebus meis mobilibus quas modo habeo vel in futuro pariter acquirere poterimus, in omnibus rebus quæ dici vel nominari possunt. »

(223) Une seule observation historique suffirait à ruiner cette assertion : jusqu'à la fin du x^e siècle, le douaire est ordinairement assigné sur les acquêts *en pleine propriété*, et la femme a, dès le jour de l'acquisition, un droit certain, Comp. Lemaire, *loc. cit.*, p. 627.

(224) Masse, *op. cit.*, p. 327-329.

(225) Dumoulin, sur l'article 37 de la Cout. de Paris (*Opera omnia*, éd. de 1681, I, p. 477).

(226) Lebrun, *Traité de la communauté*, liv. II, chap. II, sect. II, n° 1.

(227) Pothier, *Traité de la communauté*, n° 497.

peu éloignée — où la femme n'avait dans les acquêts que des droits de veuve ⁽²²⁸⁾.

c) TROISIÈME POSTULAT HISTORIQUE DE LA THÈSE DE M. MASSE :

LA COMMUNAUTÉ CONJUGALE EST NÉE DANS UNE CONNECTION ÉTROITE AVEC LES COMMUNAUTÉS TAISIBLES.

M. Masse consacre tout un chapitre à établir cette connection sous le signe de la *Gesammte Hand* ⁽²²⁹⁾. On devine son raisonnement : les sociétés taisibles sont des copropriétés en main commune; la communauté conjugale est fondée sur les mêmes principes que les sociétés taisibles : elle est donc, elle aussi, une copropriété en main commune. Mais les deux prémisses paraissent devoir être rejetées.

On sait ce qu'étaient ces sociétés taisibles qui se formaient entre parents, et même entre personnes quelconques, vivant « à même pot et feu », au bout d'an et jour de cohabitation. Nous ne pensons pas que ces sociétés (ou plus largement les compagnies familiales du moyen âge) aient rien d'irréductiblement distinct de la *societas* romaine. On oublie trop ⁽²³⁰⁾ que le Droit romain primitif

(228) Pour la coutume de Reims, cette filiation est sûre. Dans le *Liber practicus de consuetudine remensi* (xiii^e s.), les droits de la veuve dans les meubles et les acquêts sont qualifiés *dotalicium* (pars. I, V; P. Varin, *Archives législatives de Reims*, t. I, p. 42); en 1384-1386, il est allégué, devant le Parlement de Paris, qu'en Champagne le mari est vrai maître des acquêts durant le mariage et les peut vendre et aliéner, même contre le gré de son épouse (notes d'audience précitées, *Nouv. Rev. historique*, 1922, n° 89). On trouve un langage analogue en Bourgogne (*Coutumes anciennes*, 43, dans Bouhier, I, p. 188), en Berry (*Coutumes de la ville de Bourges*, chap. VII, Bourdot de Richebourg, III, p. 876), dans les divers coutumiers de l'Orient latin (V. des références dans Lemaire, *loc. cit.*, p. 638-640). On peut remarquer enfin que c'est au chapitre des douaires que Beaumanoir traite du partage des meubles (chap. XIII). — Comp. *Etablissements de Saint-Louis*, liv. I, chap. CXXXVII, éd. Viollet, II, p. 263.

(229) Masse, *op. cit.*, chap. IV, p. 334.

(230) La comparaison a été faite par Viollet, *Histoire du Droit français*, p. 801 et 804. — Comp. Girard, *Manuel*, p. 611, note 2.

a connu lui aussi les communautés taisibles sous la forme des *consortia*. L'absence d'un lien contractuel ⁽²³¹⁾, l'union intime des personnes ⁽²³²⁾, l'indétermination des quotes-parts ⁽²³³⁾, caractérisent le *consortium*, continuation de la vie commune par les enfants à la mort du père ⁽²³⁴⁾. Et, pourtant, personne ne voit là une émanation de la *Gesammte Hand*. En réalité, le *consortium*, comme la société taisible, n'est qu'une société qui s'ignore. Toutes les législations anciennes ont connu ces formes concrètes, matérielles, inorganiques de sociétés, et leurs progrès ont consisté à s'en dégager. C'est ainsi que, selon l'opinion dominante, le *consortium* a disparu ⁽²³⁵⁾ en donnant naissance à la *societas* ⁽²³⁶⁾, laquelle, du VII^e siècle de Rome jusqu'à Justinien, n'a cessé de recevoir une organisation chaque jour plus parfaite ⁽²³⁷⁾. La décadence consécutive aux inva-

(231) Paul, Dig. 10. 2. 25. 16 : « Cum coherede non contrahimus sed incidimus in eum. »

(232) Dig. 17. 2. 63, pr. « *societas quodammodo jus fraternitatis in se habet.* »

(233) Il en reste une trace dans Dig. 17. 2. 73; en ce sens : Karlowa, *Römisches Rechtsgeschichte*, II, p. 653; Pernice, *Parerga*, dans la *Revue Savigny*, 1882, p. 87 et suiv.

(234) V. un résumé de la question, dans Del Chiaro, *Le contrat de société en droit romain*, thèse Nancy, 1928, p. 6 et suiv.

(235) La loi des XII Tables devait porter un coup mortel aux *consortia* en permettant à chaque cohéritier d'obtenir du magistrat, au cas de désaccord, le partage judiciaire (Dig. 10. 2. 1 pr.). On trouve, aux siècles suivants, des allusions raréfiées à l'institution. Le Digeste ne mentionne plus que des sociétés universelles, voire particulières, entre frères : Dig. 10. 2. 39. 3; 17. 2. 52. 6; 26. 7. 47. 6; 27. 1. 31. 4; 29. 2. 78.

(236) En ce sens : Poissel, *Recherches sur les sociétés universelles chez les Romains* (Nouv. Rev. historique, 1879, p. 431-462 et 531-569); Leist, *Zur Geschichte der römischen societas*, p. 24 et suiv.; Mayr, *Römische Rechtsgeschichte*, II, 2 p. 73; Dernburg-Sokolowski, *System des römischen Rechts*, § 382; E. Rabel, *Grundzüge des römischen Privatrechts*, p. 466; Girard, *Manuel*, p. 611, note 3. (V. une conception un peu différente chez Pernice, *Parerga*, 3, p. 65 et suiv., et Ferrini, *Le origini del contratto di societa in Roma*, dans *Archivio giuridico*, 1887, p. 1 à 32). Du *consortium* à la *societas omnium bonorum*, et de celle-ci aux autres types de sociétés, la filiation semble bien prouvée par de nombreux indices.

(237) On sait que les sociétés romaines, en dehors des *societates publi-*

sions fit reparaitre les communautés familiales, et la pratique, attestée par le Digeste, des sociétés entre frères ne fut peut-être pas étrangère à cette reviviscence. En tout cas, les nouvelles communautés taisibles empruntèrent la terminologie romaine avec une telle facilité qu'il est permis de croire qu'elles ne durent pas conserver grand'chose de la coutume germanique ⁽²³⁸⁾.

Mais, même si les sociétés taisibles présentaient la structure originale que l'on prête à la *Gesammte Hand*, il resterait à montrer le lien direct qui les unit à la communauté conjugale. Or, l'existence d'un tel lien est des plus douteuses. Il est certain que de nombreux textes, aussi bien dans les coutumiers que chez les vieux auteurs, rapprochent d'une façon frappante communauté conjugale et communauté taisible ⁽²³⁹⁾. Il est encore manifeste que l'usage répandu, quoique non universel, selon lequel la communauté commençait entre époux après an et jour de

canorum, n'étaient pas revêtues de la personnalité juridique (Girard, p. 614, note 1). L'opinion contraire de Troplong (*Traité des sociétés*, n° 59) et de Duvergier, s'appuyant sur quelques textes dont elle dénaturait la portée (Dig. 46. 1. 22; 37. 1. 3. 4; 17. 2. 65. 14) n'est plus aujourd'hui soutenue. Cependant, il faut noter que l'habitude d'employer, dans les affaires sociales, des esclaves communs pouvait suppléer à l'absence de personnalité morale. D'autre part, à l'époque byzantine, se fait jour une tendance à considérer la *societas* comme un être collectif, ayant une volonté autonome et des intérêts distincts de ceux des associés; cette tendance est visible dans certaines interpolations. V. plus loin.

Signalons que, d'après une opinion discutable de Beseler (*Revue Savigny*, 1925, p. 188 et suiv., et *Jurist. Miniaturen*), les Romains n'auraient pas admis l'idée de personnalité morale, mais auraient connu la *Samthand*.

(238) Les chartes latines qualifient les communistes de consortes (comp. en Espagne le *consorcio aragonés*, Lehr, *Eléments de droit civ. espagnol*, I, p. 484), parfois même de *socii* (*Polyptique d'Irminon*, éd. Guérard, t. II, p. 24, XXIV, 115). C'est du reste au rejet de la notion de *Gesammte Hand*, comme explication des communautés taisibles, qu'aboutissent MM. Bastid (*loc. cit.*) et Siesse (*loc. cit.*).

(239) Grand Coutumier de France, liv. II, chap. XL : Nota que par usage et coutume, *deux conjoints ou affins* demeurant ensemble par an et jour, sans faire division ou protestation, ils acquièrent, l'un avec l'autre, com-

cohabitation, de même que la pratique de la communauté continuée, accentuent encore le rapprochement ⁽²⁴⁰⁾. Cependant, on peut opposer à tout raisonnement de ce genre une objection de principe : la communauté taisible se rencontre comme société organisée bien avant le ^{xiii}^e siècle; or, à ce moment, la communauté conjugale n'existe pas. M. Masse prétend que la mise en commun du mobilier des conjoints apparut avant 1219 par une assimilation complète avec ce qui se passait dans les sociétés taisibles ⁽²⁴¹⁾, mais son raisonnement repose sur une interprétation de textes dont l'inexactitude est avérée ⁽²⁴²⁾. Jusqu'au ^{xiii}^e siècle, le mobilier de la femme passait au mari baillistre; la

munauté quant aux meubles et conquêts; Cout. de Poitou, tit. III : Des droits appartenant à gens mariés et de communauté de biens entre eux et autres personnes; Cout. de Sens (ancienne 269 et 277; nouv. 279 et 280); Cout. de Chaumont-en-Bassigny qui traite au titre du mariage de l'institution de la société taisible; Cout. de Dreux, chap. X; Chartres, chap. X; Montargis, chap. IV; Berry, chap. VIII; Nivernais, chap. XXII; Troyes, art. 101-102; Angoumois, chap. III; Saintonge, art. 62 (« homme et femme... de la bénédiction nuptiale sont réputés personnes conjointes et dès lors contractent taisiblement société et compagnie de meubles et acquêts »). Parmi les auteurs, Loysel, *Institutes coutumières*, liv. I, tit. III : De la communauté, compagnie ou société, et principalement entre le mari et la femme; Guy Coquille, *Quest.* 53, 94 et 123 (*Comp. Nouv. Rev. hist.*, 1928, p. 131); Dunod de Charnage, *Coutume de Franche-Comté*, p. 643. V. encore d'autres références dans Masse : *op. cit.*, p. 429 et suiv.

(240) Le rapprochement a été fait pour la première fois par Laboulaye (*Recherches sur la condition des femmes*, p. 333 et suiv.). Mais celui-ci admettait une simple influence de la première institution sur l'autre, alors que M. Masse donne à la communauté entre époux un caractère de communauté familiale dès le principe.

(241) Masse, *op. cit.*, p. 417.

(242) Il s'agit de l'ordonnance du Pont-de-l'Arche, rendue en 1219, qui décide que les acquêts, meubles ou immeubles, ne seront pas partagés entre les conjoints. M. Masse (suivant l'opinion admise depuis Laurière) y voit une disposition spéciale à la Normandie, restreignant dans cette région la communauté de meubles et d'acquêts, bien établie partout ailleurs. M. Génestal (*La tenure en bourgage*, thèse Paris 1900, p. 241) a prouvé l'inexactitude de cette interprétation. En réalité, cette ordonnance, de portée éphémère, atteste les hésitations et les répugnances que l'on éprouvait, à cette époque de transition, à admettre une véritable coutume de communauté.

mixture des meubles, condition essentielle des communautés taisebles, était donc irréalisable dans le mariage. Si l'on descend aux détails, la même conclusion négative s'impose. On a essayé de dresser une liste des différences qui séparent les deux institutions, et elle est fort longue ⁽²⁴³⁾. D'autre part, l'existence de la communauté continuée laisse la question entière : on admet aujourd'hui que la communauté continuée ne constituait pas une société taiseble succédant à la communauté primitive, mais était la communauté conjugale elle-même, prolongée de plein droit entre le survivant et les enfants ⁽²⁴⁴⁾. Il ne reste plus de ressemblance saillante que la règle de cohabitation d'an et jour. Tout s'explique peut-être par l'hypothèse suivante : La société taiseble et la communauté conjugale sont nées comme deux institutions indépendantes, et leur convergence n'est apparue que plus tard. Quand la communauté entre époux a commencé à s'organiser en universalité juridique, à partir du ^{xiii}^e siècle, les praticiens ont dû être frappés des similitudes de structure et de fonctionnement qu'elle présentait avec la catégorie de sociétés la plus répandue à cette époque : la société taiseble. Ils ont dès lors tendu à y transporter les règles particulières des sociétés taisebles, et notamment l'exigence d'une cohabitation annuelle. Cette tendance ne s'est pas exercée dans toutes les coutumes et n'a pas obtenu partout un égal succès ⁽²⁴⁵⁾. En somme, s'il y a eu assimilation entre les deux institutions, ce n'est pas parce qu'elles étaient l'une

(243) Brissaud, *op. cit.*, II, p. 1706, note 7.

(244) La première thèse avait été soutenue par Laurière, sur l'art. 240 de la coutume de Paris; *contra*, Pothier, *Communauté*, n° 772. Pour l'état actuel de la question, voir Brissaud, *op. cit.*, II, p. 1723.

(245) Ce qui fortifie cette hypothèse, c'est la considération qu'à Paris, où le principe de la cohabitation d'an et jour a finalement été repoussé, il y a eu des hésitations, dont les manuscrits divergents du Grand Coutumier (vers. 1389) semblent porter les traces. Dans certaines versions, Jacques d'Ableiges admet que cet usage s'applique aux conjoints et affins;

et l'autre des copropriétés en main commune, c'est parce qu'elles étaient toutes deux des sociétés.

D. — LA COMMUNAUTE CONJUGALE EST, DES SON APPARITION,
CONSIDEREE COMME UNE COMPAGNIE. PORTEE DE CE MOT

Il n'est pas de meilleur moyen de prouver que la communauté conjugale n'a jamais été, dans l'ancien Droit, une copropriété en main commune que de montrer ce qu'elle a toujours été : à savoir une compagnie ⁽²⁴⁶⁾. M. Olivier Martin soutient que la compagnie médiévale est quelque chose de fort différent de la société selon la technique moderne ⁽²⁴⁷⁾. Cela n'est pas sûr. La compagnie est, en réalité, une forme archaïque et concrète de la société ⁽²⁴⁸⁾.

dans d'autres, il le limite aux affins. (V. Olivier Martin, *op. cit.*, I, fasc. II, p. 180.) Cela pourrait bien être un indice que l'assimilation hésitante entre communauté conjugale et société taiseble ne s'est établie qu'après coup et, en quelque sorte, du dehors. — En Beauvaisis, Beaumanoir, au xiii^e siècle, fait entre les deux institutions un rapprochement doctrinal (chap. XXI), mais il n'étend pas à la communauté entre époux (n^o 622) la règle de cohabitation d'an et jour, qui existe déjà pour la société taiseble (n^o 625, éd. Salmon).

(246) L'idée de société conjugale se trouve exprimée dans les chartes dès avant la formation de la communauté. Ex. , Chartes de Cluny, n^o 88 (a. 905) *Dum nos Deus iis diebus ad legitimo conjugio sociare jussit; n^o 1392 : Ego... sponsus tuus jugatus... ad legitimam potestatem ad te sociare volo.*

(247) Olivier Martin, *op. cit.*, p. 160 et 183.

(248) La terminologie elle-même témoigne en faveur de l'identité finale de la compagnie et de la société. Le mot « Compagnie », loin de se restreindre aux sociétés de personnes (X... et Cie), désigne par excellence, au x^e siècle comme au xviii^e, les sociétés anonymes, dont la personnalité morale est reconnue par les défenseurs les plus acharnés de la *Gesamnte Hand*. Toullier (t. XII, n^{os} 82-96, comp. de nos jours Thaller, *Traité*, n^o 283; Lacour et Bouteron, *Précis de Droit commercial*, t. I, n^o 229) avait même entrepris, ce qui lui valut d'acerbés critiques de Troplong (*Sociétés*, t. I, n^o 68), de démontrer que, dans l'article 529 du Code civil, où est consacrée implicitement la notion de personnalité, le législateur n'avait visé, sous le nom de compagnies, que les grandes sociétés anonymes, les seules que l'ancien Droit eût traitées en personnes morales. Cette assertion, d'ailleurs, n'est guère soutenable, ce même article mentionnant les

Suivant la même loi de développement que nous avons vue jouer en Droit romain, la communauté taisible a dû engendrer la compagnie; la compagnie se réassimilant la technique romaine est devenue la société d'aujourd'hui; celle-ci enfin, au terme de l'évolution, a été dotée, dans toutes ses catégories, de la personnalité morale. Il est infiniment précieux de constater qu'au ^{xiii}^e siècle, alors que la communauté conjugale se constitue à peine, Beaumanoir la met en tête de son énumération des sociétés : « Chacun sait que compagnie se fait par mariage » ⁽²⁴⁹⁾; cela est d'autant plus remarquable que, dans ce premier essai de systématisation, Beaumanoir distingue soigneusement l'indivision, à laquelle il consacre un chapitre spécial sous le titre : « Des compagnies d'héritage », de la compagnie proprement dite ou société ⁽²⁵⁰⁾. Encore au ^{xiii}^e siècle, le livre de Jostice et de Plet, impuissant à discerner douaire et communauté, déclare que « si l'homme conquiert, lui et sa femme, et meure, sa femme sera heir en la moitié, par la reson de la compagnie, et de meubles aussi » ⁽²⁵¹⁾. Or, que trouve-t-on, dans ce même livre, au titre « De Compagnie » ? La traduction de textes du Digeste sur les sociétés ⁽²⁵²⁾. Essai d'adaptation maladroit, objectera-t-on; cela n'en est pas moins suggestif : la communauté, dès sa naissance, s'intègre dans la compagnie; la compagnie, dès que la matière commence à être systématisée, rejoint

parts d'intérêts à côté des actions, et les sociétés de personnes étant elles aussi des compagnies. Ajoutons que sous l'ancien régime on appelait les *personnes morales* de droit public des communautés : « Les communautés légitimement établies tiennent lieu de personnes. » (Domat, *Droit public*, liv. I, tit. XV, sect. 3, n° 2). N'est-il pas, dès lors, permis de conclure à l'unité fondamentale de la notion de société sous toutes ses formes ?

(249) Beaumanoir (éd. Salmon), n° 622.

(250) Chap. XXI : De compaignie, chap. XXII : Des compaignies d'iretage.

(251) *Livre de Jostice et de Plet* (éd. Rapetti), liv. XII, 24, § 3.

(252) *Livre de Jostice et de Plet*, liv. VII, 13.

la société romaine. Un siècle plus tard, les Coutumes notoires attestent que « la femme est compagne par la coutume » ⁽²⁵³⁾. Chasseneuz, au xvi^e siècle, déclare que la communauté est une *societas*; ⁽²⁵⁴⁾; la même idée inspire Loy-
sel ⁽²⁵⁵⁾. Sans doute y a-t-il eu des hésitations ⁽²⁵⁶⁾, mais elles s'expliquent, comme on l'a vu, par des réminiscences du temps où la femme n'avait dans les acquêts que des droits de veuve. Au xvm^e siècle, l'opinion courante voit dans la communauté conjugale une société ⁽²⁵⁷⁾. Prévôt de la Janès s'exprime ainsi : « La communauté est une société de biens que deux personnes qui se marient ensemble contractent ou sont censées, par la présomption de la loi, contracter à l'instar de la société de vie qui fait l'essence du mariage. » ⁽²⁵⁸⁾. La définition de Pothier est célèbre : « La communauté entre conjoints par mariage est une espèce de société de biens qu'un homme et une femme contractent, lorsqu'ils se marient. » ⁽²⁵⁹⁾. Cette expression « une espèce de société », que l'on retrouve chez Ferrière ⁽²⁶⁰⁾, peut paraître volontairement imprécise si on l'écoute avec une oreille moderne ⁽²⁶¹⁾, mais, dans le lan-

(253) Coutumes notoires du Châtelet de Paris (Brodeau, t. II), n° 94.

(254) Chasseneuz, *In consuetudines Ducatus Budgundiæ Commentarii*, rubrique IV, § 9, n° 9.

(255) Loysel, *Institutes coutumières*, liv. I, tit. III : De communauté, compagnie ou société, et principalement entre le mari et la femme.

(256) Ainsi, chez d'Argentré. *Commentarii in patrias Britonum leges*, article 408, glose 3 : *Communio consuetudinaria male comparatur societati inductæ jure romano*.

(257) A cette époque, le jurisconsulte flamand Abraham Wesel intitule son traité de la communauté : *De connubiali bonorum societate*.

(258) Prévôt de la Janès, *Principes de jurisprudence française*, n° 329.

(259) Pothier, *Traité de la communauté*, article préliminaire, n° 1. Comp. *Coutumes d'Orléans*, introduction au titre X, article préliminaire, n° 1.

(260) Ferrière, *Coutume de Paris*, t. III, p. 3, titre X, n° 1 : La communauté de biens est une espèce de société qui se contracte entre conjoints par mariage.

(261) Chauvin, *op. cit.*, p. 170. « Volontairement imprécise, cette définition, exacte au xvm^e siècle, est de nos jours encore la seule qui soit conforme à la vérité juridique. »

gage du ^{xviii}^e siècle, elle signifiait clairement que la communauté est une catégorie de société (262).

Nous en avons assez dit pour conclure que, au point de vue historique, la communauté conjugale se présente comme une société, et non point comme une copropriété en main commune. De la *Gesammte Hand*, nous n'avons décelé nulle part au cours des siècles les caractéristiques fuyantes. Tout ce que nous avons rencontré, ce sont des groupements dont l'originalité superficielle tenait aux imperfections de la technique juridique, et qui étaient prédestinés à se dépouiller de cette originalité à mesure que la technique deviendrait moins rudimentaire et plus abstraite. Est-il besoin d'une contre-épreuve ? Les sociétés commerciales ont apparu sous des formes diverses et exotiques, où l'on a voulu voir la trace de la *Gesammte Hand* : n'est-ce pas à propos d'une compagnie commerciale que Beaumanoir parle de main commune ? Et pourtant, mues en quelque sorte par une force interne, les sociétés commerciales, commandite ou société en nom collectif, sont entrées dans le cadre romano-civiliste de la société et constituent aujourd'hui, malgré les vaines protestations des partisans de la *Gesammte Hand*, des personnes morales. La communauté, on l'a vu, a suivi toutes les vicissitudes de la notion de société. Elle est aujourd'hui société civile parce qu'elle a été compagnie dans l'ancien Droit. La lo-

(262) Comp. ce que dit Pothier, *Traité des obligations* (1^{re} partie, chap. I, art. 4, sect. I; § 1, n^o 3) : « Un contrat est une espèce de convention. Pour savoir ce qu'est un contrat, il est donc préalable de savoir ce que c'est qu'une convention. » Découvrira-t-on là encore un vague pré-médité ? — Sans doute, Pothier lui-même ajoute-t-il (*Coutume d'Orléans, loc. cit.*) : « J'ai dit une espèce de société, car elle est très exorbitante des sociétés ordinaires. L'homme qui en est le chef, est en cette qualité réputé, pendant qu'elle dure, le seul seigneur et maître de tout ce qui la compose. » Mais cette addition, qui ne figure du reste ni dans le *Traité de la communauté* ni chez Ferrière, n'affaiblit pas la portée de la définition précédente.

gique veut que l'on prolonge le parallélisme jusqu'au bout, et maintenant que les sociétés civiles sont érigées en personnes morales par une jurisprudence acquise, que l'on se décide à reconnaître dans la communauté conjugale la personnalité certaine, quoique atténuée, dont elle est revêtue. La fidélité aux traditions ne consiste pas à ressusciter de toutes pièces l'incertain passé des institutions juridiques, mais bien à scruter le sens de leur évolution, de même que, selon l'image consacrée, le fleuve est fidèle à sa source en s'écoulant vers la mer.

SECTION II

SOLUTION PROPOSÉE SUR LE PROBLÈME DE LA NATURE JURIDIQUE DE LA COMMUNAUTÉ CONJUGALE

Observations préliminaires.

Il vient d'être fait longuement appel à l'histoire pour réfuter une théorie qui prétend s'appuyer sur elle. Ce n'est pas à dire que l'argumentation historique puisse résoudre en quoi que ce soit le problème de la nature juridique de la communauté. L'histoire du régime de communauté, ainsi qu'on l'a vu, se présente comme une évolution continue. Or on ne fait pas leur part aux doctrines de l'historisme. Si l'on veut chercher dans le passé l'explication de la communauté conjugale, pourquoi s'arrêter à Pothier et à Lebrun, pourquoi ne pas remonter au xvi^e siècle, au xiii^e siècle, ou plus haut encore ? Toullier a seul été logique : il s'est reporté d'une traite aux origines ; il a nié tout droit à la femme sur la communauté, ce qui est la vraie conception de notre plus ancien Droit. Si l'histoire domine la nature juridique de la communauté, Toullier a raison. Les auteurs soutiennent qu'il a tort, en lui opposant la

lettre du Code. C'est donc que l'histoire ne peut rien contre le Droit positif ⁽²⁶³⁾.

Nous repoussons absolument la maxime dont Aubry et Rau ont prétendu faire la première règle d'interprétation des régimes matrimoniaux : « Les dispositions relatives à la communauté de biens doivent être interprétées d'après le Droit coutumier, et plus particulièrement dans le sens de la coutume de Paris. » ⁽²⁶⁴⁾. Cette maxime, encore aujourd'hui en vogue, est inexacte parce qu'elle méconnaît un point essentiel : à savoir que la *communauté conjugale est une création du Code civil*. Avant de justifier cette dernière proposition, qui n'est paradoxale qu'en apparence, il convient de remarquer qu'elle n'a rien d'inédit : à l'occasion de la controverse qui sévit au milieu du xix^e siècle quant à la nature des prélèvements de la femme commune, controverse où il fut fait assaut d'arguments historiques, Vavasseur avait déjà protesté, avec beaucoup de pénétration, contre l'affirmation *a priori* que le Code Napoléon n'a pas innové en matière de communauté conjugale ⁽²⁶⁵⁾. On aura beau invoquer telle ou telle déclaration d'allure conservatrice émise au cours des travaux préparatoires, les textes du Code n'en portent pas moins la trace d'une coupure profonde dans le développement de notre Droit matrimonial.

En effet, l'ancien Droit coutumier était resté sous l'emprise de son point de départ : la négation du droit actuel de la femme sur les acquêts. La pratique, la doctrine, la

(263) En ce sens, Bonnecase, *Supplément au Traité de Baudry-Lacantinerie*, t. IV, nos 232-233. Il convient de rappeler l'article 7 de la loi du 30 ventôse an XII : « A compter du jour où ces lois sont exécutoires, les lois romaines, les ordonnances, les coutumes générales ou locales, les statuts, les règlements, cessent d'avoir force de loi générale ou particulière dans les matières qui sont l'objet desdites lois composant le présent Code. »

(264) Aubry et Rau, t. VII, § 499.

(265) Vavasseur, *Les Reprises de la femme commune* (*Revue pratique de droit français*, t. II, 1886, p. 160 et suiv.).

jurisprudence, y avaient apporté des tempéraments si nombreux et si considérables qu'ils avaient fini par masquer le principe et que la femme était couramment présentée comme une associée. Cependant, le principe subsistait toujours en Droit et transparaissait dans le langage et les conceptions d'auteurs comme Dumoulin et Pothier. Une comparaison avec l'histoire des droits féodaux éclaire la question ⁽²⁶⁶⁾. A l'origine, seul le concédant était propriétaire. Dans la suite des temps, son domaine direct s'amincit de plus en plus au profit du domaine utile du tenancier, si bien que, dans la doctrine du XVIII^e siècle, « c'est le seigneur utile qui est proprement propriétaire de l'héritage » ⁽²⁶⁷⁾. Pourtant, le domaine direct se survivait dans les droits féodaux. Il fallut la Révolution pour abolir le principe du domaine direct ⁽²⁶⁸⁾, comme il fallut la Révolution pour abolir le principe de la propriété exclusive du mari sur les acquêts. On raisonne trop souvent en cette matière comme s'il ne s'était rien passé entre 1789 et 1804. On oublie que les hommes de la Révolution avaient porté leur attention sur les régimes matrimoniaux. Les deux premiers projets de Cambacérès instituaient comme régime légal une communauté, à l'administration de laquelle les époux avaient un droit égal ⁽²⁶⁹⁾. La commu-

(266) Comp. sur l'histoire des droits féodaux : Planiol, *Traité élémentaire*, t. I, nos 2326-2328.

(267) Pothier, *Traité du droit de domaine de propriété*, n^o 3.

(268) C'est en ce sens qu'il est vrai de dire que la Révolution fut une translation de propriété (Taine, *La révolution*, t. I, p. 386), comme elle fut la substitution de l'idée de société conjugale, en germe dans les pratiques communautaires antérieures, à l'idée de propriété du mari.

(269) Premier projet (liv. I^{er}, tit. III, art. 11) : « Les époux ont et exercent un droit égal pour l'administration de leurs biens. » Au titre V du livre III (Des sociétés et communautés), on trouvait du reste un article 6 ainsi conçu : « La société de gains universelle est celle dans laquelle les associés confondent tous leurs revenus, toute leur industrie, à quelques actes que l'application s'en réfère : telle est la société entre époux. » — Deuxième projet (art. 44) : « Il y a communauté de biens entre les époux et droit égal à leur administration, s'il n'en a été autrement con-

nauté, au sens véritable du mot, apparaît ici pour la première fois dans des textes de portée législative. Le Code civil n'a pas admis l'administration en commun, mais il s'est inspiré de Cambacérès dans cette idée capitale (270) : le mari administrateur de la communauté. Tout le fossé entre l'ancien Droit et le Code Napoléon se découvre. L'article 225 de la communauté de Paris s'exprimait ainsi : « Le mari est *seigneur* des meubles, et conquêts immeubles *par lui faits* durant et constant le mariage de lui et de sa femme : en telle manière qu'il les peut vendre, aliéner et hypothéquer, et en faire et disposer par donation, ou autre disposition faite entre vifs, à son plaisir et volonté, sans le consentement de sa dite femme, à personne capable, et sans fraude. » (271). L'article 1421 du Code déclare : « Le mari *administre* seul les biens de la communauté. Il peut les vendre, aliéner et hypothéquer sans le concours de la femme. » Le mari n'est donc plus seigneur, c'est-à-dire propriétaire (272), mais administrateur. Par là se

venu. » — Le troisième projet de Cambacérès, tout en renonçant à l'administration en commun, consacrait la conception du mari simple administrateur (art. 293) : « Le mari *administre* seul la communauté. Il peut vendre, aliéner les biens dont elle est composée. » — Il faut citer enfin cette rubrique significative du projet de Jacqueminot (tit. VI, chap. II, sect. 3) : « *De l'administration* de la communauté et de l'effet des actes faits par l'un ou l'autre époux relativement à la *société conjugale*. » (Comp. art. 30 : « Le mari administre seul les biens de la communauté. Il les peut vendre, aliéner, hypothéquer. »)

(270) Dès la fin du xvii^e siècle, Laurière (sur l'article 225 de la Coutume de Paris) considère le mari, non comme un propriétaire, mais comme un administrateur. Il se rattache au courant doctrinal précité qui voyait dans la communauté conjugale une société. Seulement ce courant doctrinal était en avance sur le texte de la coutume, sinon en contradiction avec lui, et, sans la Révolution, il n'aurait progressé que lentement, si même il n'avait pas tourné court. D'autre part, Pothier signale que certaines coutumes font du mari un administrateur cum libera potestate (*Communauté*, II, n^o 472), et d'après Bugnet (sur Pothier, *loc. cit.*) le Code se serait inspiré de ces coutumes. Cela est possible; mais sans la Révolution, la conception du mari administrateur serait restée confinée dans le ressort desdites coutumes.

(271) Comp. Coutume d'Orléans, art. 193.

(272) C'est en vain que Troplong (II, n^o 889) a voulu prouver que

trouve consacrée l'existence de la communauté en tant qu'universalité juridique distincte du patrimoine du mari. La femme n'est plus l'héritière du mari comme dans la pseudo-communauté de l'ancien Droit; elle devient une véritable associée. La communauté fait franchement son entrée dans le Droit positif de la France. Et l'on voudrait qu'un tel changement dans les principes n'ait pas retenti dans toute la réglementation du régime matrimonial ⁽²⁷³⁾ !

La communauté est, d'ailleurs, devenue le régime légal de la nation entière, sans distinction de pays de coutumes et de pays de Droit écrit. En brisant la territorialité des régimes matrimoniaux, le Code a rompu du même coup les racines qui pouvaient rattacher la communauté conjugale à tel ou tel Droit coutumier. L'article 1390, envisagé dans son but social, tend à extirper plus complètement encore l'emprise coutumière sur le régime de communauté ⁽²⁷⁴⁾. L'article 1381 suggère une autre remarque

« seigneur » ne signifiait pas « propriétaire ». Au contraire, on peut penser avec lui que le mot « maître » avait autrefois le sens technique d'administrateur, et en particulier de gérant (Dig. 50. 16. 57; Coquille : *Cout. Nivernais*, ch. II, art. iv : « La maîtrise est pour l'administration légitime »). Pour nous, la formule « le mari seigneur et maître de la communauté » est la juxtaposition de deux idées d'époques différentes, l'idée ancienne du mari propriétaire exclusif des acquêts; l'idée nouvelle du mari gérant de la compagnie conjugale. Le second terme a dû être ajouté au moment où s'est fait le rapprochement doctrinal de la communauté entre époux et des communautés familiales. Précisément le nom de maître était celui que l'on donnait aux administrateurs des communautés rustiques. On remarquera ici que le mari, déclaré seigneur et maître de la communauté en pays de coutumes, était, à la même époque, déclaré seigneur et maître de la dot en pays de droit écrit (Bonnecorse de Lubières, thèse précitée. p. 51). Ce parallélisme atteste que, malgré les préjugés contraires, il existe plus d'un point de contact entre la nature juridique de la communauté et celle du régime dotal.

(273) Et pourtant il n'y a guère que Cubain, *op. cit.*, n° 189, qui ait mis en relief la révolution opérée par l'article 1421 dans le droit matrimonial français.

(274) Article 1390 : « Les époux ne peuvent plus stipuler d'une manière générale que leur association sera réglée par l'une des coutumes, lois ou statuts locaux qui régissaient *ci-devant* les diverses parties du territoire français, et qui sont abrogées par le présent Code. »

importante : le Code civil a identifié la communauté d'acquêts des pays de coutume et la société d'acquêts des pays de Droit écrit. Or, au XVIII^e siècle, l'évolution de la société d'acquêts était beaucoup plus avancée que celle de la communauté; on reconnaissait expressément en elle une société au sens technique ⁽²⁷⁵⁾ et, qui plus est, une société dotée de la personnalité morale ⁽²⁷⁶⁾. L'article 1581 dispose aujourd'hui que « les effets de cette société sont réglés comme il est dit aux articles 1498 et 1499. » ⁽²⁷⁷⁾. Un tel renvoi n'est compréhensible que si la communauté d'acquêts est, elle aussi, une société; on ne peut donc affirmer *a priori* que la nature juridique de la société d'acquêts n'a pas déteint sur tous les types de communauté. Nous sommes ramené à cette proposition fondamentale : la communauté est une création originale du Code civil, une fusion de divers précédents. C'est du Code civil qu'il faut partir pour élucider sa nature juridique.

Ici encore, il sied d'étudier distinctement le point de vue anatomique et le point de vue fonctionnel, étant bien précisé que l'examen du second point de vue forme, en même temps, la vérification des propositions fondamentales énoncées à l'occasion du premier.

(275) Consultation de M^e Dumoulin, avocat à Bordeaux, (23 septembre 1759) : « Quand il s'agit d'une société d'acquêts conventionnelle en pays de Droit écrit, on ne peut la régler qu'en conformité des lois civiles qui concernent les sociétés. » — Comp. Salviat, *Jurisprudence du Parlement de Bordeaux*, p. 7; Tessier, *Traité de la société d'acquêts*, p. 312; Troplong, t. III, n^o 1833.

(276) D'où l'on déduisait un droit de préférence des créanciers communs sur les créanciers personnels des époux. V. Tessier, *loc. cit.*, et les deux arrêts de la Cour de Bordeaux cités plus haut p. 225, note 29.

(277) Commaille, qui, ainsi que nous le savons, écrivait à une époque d'ingénuité civiliste, considérait que, sous l'empire du Code, la société d'acquêts devait toujours être traitée en société véritable et, faisant bon marché du renvoi de l'article 1581, il n'hésitait pas à soutenir que, dans cette société, le mari n'exerçait que les pouvoirs restreints d'un gérant ordinaire et que la femme était privée de la faculté de renonciation (*Traité du contrat de mariage*, nos 584-587).

§ 1. — *La structure de la communauté conjugale
dans ses rapports avec les notions de société
et de personnalité morale.*

Notre solution tient toujours en deux formules, dont il n'est pas nécessaire de souligner l'intime compénétration :

- 1° La communauté conjugale constitue une société civile;
- 2° La communauté conjugale constitue une société civile dotée d'une personnalité morale atténuée.

I. — *Première proposition : La communauté conjugale
constitue une société civile.*

A. — LES ELEMENTS CONSTITUTIFS DE LA SOCIÉTÉ
ET LA COMMUNAUTE CONJUGALE

On retrouve ici l'énumération habituelle :

a) *PREMIER ÉLÉMENT : UN APPORT DE CHAQUE ASSOCIÉ.*

Dans la communauté, l'apport de chaque associé a l'étendue la plus considérable.

L'apport de la femme se caractérise par référence à la notion de la dot de l'article 1540. C'est une maxime que, sous le régime de communauté, tous les biens de la femme sont dotaux. Cela revient à dire que, sous ce régime, l'épouse apporte tous ses biens à la société conjugale, les uns en propriété (art. 1401-1°), les autres en jouissance (art. 1401-2°), la répartition entre les deux catégories variant selon le type de communauté en vigueur⁽²⁷⁸⁾. Elle y apporte également, même quand elle

(278) A l'occasion de l'article 1443 et du « péril de la dot », on a discuté pour savoir ce qu'était au juste la dot sous le régime de communauté. Des auteurs, tels que Guillouard (III, n° 1074), semblent enclins à exclure de ce terme les biens dont la propriété même tombe dans le fonds com-

exerce une profession séparée, son industrie : depuis la loi du 13 juillet 1907, les produits du travail de la femme sont soumis à une condition juridique spéciale, mais ils n'en continuent pas moins à faire partie de la communauté.

L'apport du mari, aspiré par le fonds commun, se détermine beaucoup plus nettement que sous les autres régimes matrimoniaux. Il est normalement symétrique de celui de la femme. C'est à la fois un apport en propriété, en jouissance et en industrie (Comp. art. 1401).

Le langage de la loi, écho de la terminologie notariale ancienne, est, à cet égard, en harmonie avec la nature juridique de la communauté. « La dot de la femme commune en biens, écrivent Aubry et Rau, est plus spécialement appelée *apport*, quand on la considère comme mise sociale, et qu'il s'agit de savoir si la femme peut la reprendre, et de quelle manière elle peut en exercer la reprise. Cpr. art. 1501, 1502, 1511 et 1514. Le terme apport s'applique également aux biens du mari dans le sens qui vient d'être indiqué. » (279).

Il résulte de l'extension de l'apport de chaque époux que la communauté, quel que soit le type envisagé, est une société universelle. Il y a, d'après l'article 1386, deux sortes de sociétés universelles : la société de tous biens présents et la société universelle de gains. On peut mettre

mun. Plus logiquement, en présence de l'article 1340, Laurent (XXII, n° 209 et suiv.) défend l'opinion contraire, et il en conclut qu'il y a péril de la dot lorsque le mari détourne de leur destination les valeurs communes, ce qui est tout à fait conforme à la notion de société.

(279) Aubry et Rau, VII, § 300, note 2. — Comp. le Vocabulaire juridique de M. Capitant, V° *Apport* : « Apport : Biens possédés par chaque époux au moment du mariage ou qui lui échoient pendant le mariage à titre de donation ou de succession (C. civ., art. 1498, 1503). Dans cette acception, les apports s'opposent aux acquêts. — Apport en communauté Biens tombés dans la communauté du chef de chacun des époux (C. civ., art. 1501, 1506, 1511, 1514, 1523). — Apport en dot : synonyme de dot. »

en face de cette classification, assez imparfaite⁽²⁸⁰⁾, les diverses variétés de la communauté conjugale. La communauté universelle constitue, suivant les stipulations des parties (art. 1526), soit une société de tous biens présents, dont la composition est prévue par l'article 1837, soit une société de tous biens présents et à venir, affranchie, par expresse dérogation des restrictions finales de ce texte⁽²⁸¹⁾. La communauté de meubles et d'acquêts, dont le Code civil a fait la communauté légale (art. 1393), entre dans le cadre de la société universelle de gains, que le législateur, par un évident parallélisme, a érigée en prototype légal de société universelle (art. 1839). L'une et l'autre comprennent à titre d'apports ; 1° la propriété des meubles possédés par les associés au jour de l'ouverture de la société ; 2° la jouissance de leurs immeubles personnels⁽²⁸²⁾ ; 3° leur industrie sous sa forme la plus abstraite et la plus générale (art. 1401 et 1838) ; la seule différence est relative aux meubles acquis gratuitement en cours de société, lesquels tombent dans la communauté conjugale pour la pleine propriété, quoiqu'ils ne tombent dans la société universelle que pour la jouissance. Il n'est pas jusqu'à la communauté réduite aux acquêts qui ne se

(280) Voir la critique des dénominations légales chez Baudry-Lacantinerie et Wahl : Société, n° 137.

(281) A s'en tenir à la communauté de tous biens présents, il y a cependant une différence : tandis que la communauté universelle renferme de plein droit l'industrie des associés, l'article 1837 paraît admettre une solution contraire pour la société universelle (« Les parties... peuvent aussi y comprendre toute autre espèce de gains »), particularité irrationnelle, et même hypothétique.

(282) Une interprétation ultra-exégétique de l'art. 1838, soutenue notamment par Baudry-Lacantinerie et Wahl (n° 143), prétend exclure de la société universelle de gains la jouissance des meubles et des immeubles acquis à titre gratuit en cours de société. C'est le résultat d'un cloisonnement déraisonnable des titres V et IX du livre III, résultat d'autant plus surprenant que, sur d'autres points (par exemple pour le règlement du passif), on n'hésite pas à compléter les articles 1836 et suivants par des emprunts au titre « Du contrat de mariage ».

présente comme une société universelle : société universelle de gains, où, toutefois, les meubles présents ne sont apportés qu'en jouissance, ce qui est très concevable, l'énumération de l'article 1838 n'étant point impérative⁽²⁸³⁾. Il est bien entendu, d'ailleurs, que le caractère universel de la société conjugale, comme d'une société ordinaire, se règle par la vocation théorique qu'elle a à recueillir une universalité en apport, non par l'émolument effectif qu'elle recueille. Cela explique que des époux, ne possédant — hypothèse fréquente — aucun bien à mettre en communauté, se trouvent former entre eux une société universelle. L'apport immatériel de leur industrie satisfait, du reste, suffisamment à l'exigence du présent élément constitutif de la société.

b) DEUXIÈME ÉLÉMENT :

UN OBJECTIF CONSISTANT DANS LA RÉALISATION ET LE PARTAGE
DE BÉNÉFICES.

La présence de cet élément dans la communauté conjugale n'a jamais soulevé beaucoup de discussions auprès de la doctrine. On rencontre, çà et là, énoncée d'une façon plus ou moins incidente, cette réflexion que la communauté diffère des sociétés ordinaires par son but, en ce qu'elle poursuit des fins morales et non pas un objectif de spéculation⁽²⁸⁴⁾. Mais, attitude contradictoire, une fois la réflexion émise, personne n'en tire la conséquence que la communauté doit être transportée du terrain de la société sur celui de l'association; et si l'on parle assez

(283) Baudry-Lacantinerie et Wahl, n° 146.

(284) Déclarations du tribunal Gillet (Loché, XIV, p. 549-550) : « La communauté de biens entre époux a pour but principal l'indivisibilité des intérêts conjugaux, bien plus que le partage des bénéfices. » — C'est de ce langage que s'inspirent les auteurs; voir, par exemple, Troplong, *Société*, I, n° 31; Massé et Vergé, sur Zachariae, IV, § 638, note 3; de Folleville, *op. cit.*, n° 130-1°.

souvent, ici encore, d'association conjugale, il ne semble pas que le mot soit jamais pris dans sa stricte acception technique. Un seul auteur, M. Butel, s'appuie expressément sur la notion de bénéfice pour dénier à la communauté entre époux la nature juridique d'une société⁽²⁸⁵⁾. Seulement, c'est à l'idée d'indivision qu'il aboutit par cette voie, non à l'idée d'association. La notion de bénéfice, en effet, est susceptible de servir de signe diacritique aussi bien entre la société et l'indivision qu'entre la société et l'association⁽²⁸⁶⁾. L'alternative société-indivision a même donné à la Cour suprême, dans l'arrêt Aubrun et autres, du 5 juillet 1922, l'occasion d'adopter, au moins implicitement, une conception du bénéfice sensiblement plus large que celle de l'arrêt Caisse rurale de Manigod⁽²⁸⁷⁾. La détermination de ce second élément constitutif de la société préjuge donc, dans une certaine mesure, la question de la personnalité morale de la communauté.

Si la doctrine, dans son ensemble, n'a pas porté une attention sérieuse sur la notion de bénéfice en matière de communauté, c'est qu'elle n'a vu là aucune difficulté : la communauté conjugale étant reconnue, sans contestation, comme une société universelle, et la société universelle devant, *a priori*, répondre à la définition de l'article 1832, il a paru évident que la communauté devait y répondre elle aussi. Or, il faut remarquer que les articles 1836 et suivants du Code civil mettent en échec l'interprétation classique de la notion de bénéfice. Dans la société de tous

(285) Butel, *Etude critique sur l'idée de personnalité civile de la communauté*, thèse Paris, 1901, p. 73-74.

(286) Baudry-Lacantinerie et Wahl, n° 509; Lyon-Caen et Renault, II, n° 83.

(287) Cass. civ., 5 juillet 1922, S. 24. 1. 353, note Solus, D. 23. 1. 113, note Capitant. — Cet arrêt, loin d'exiger l'accroissement matériel des patrimoines des associés, suppose l'existence d'un bénéfice, au sens de l'article 1832, dans l'avantage économique résultant d'une jouissance en commun.

biens présents, les profits que les associés peuvent tirer de leurs meubles et de leurs immeubles ne sont guère concevables que sous forme d'avantages dérivés d'un usage en commun et, par conséquent, exclusifs de toute augmentation patrimoniale⁽²⁸⁸⁾. Si l'on interroge l'intention du législateur, chère aux Exégètes, on apprend même que c'est l'idée d'avantage négatif qui a été en vue dans ce cas : le projet de l'an VIII ne maintenait que la Société universelle de gains; la société de tous biens présents fut rétablie sur les observations du tribunal d'appel de Paris, qui en invoqua l'intérêt pour les indigents⁽²⁸⁹⁾. Là-dessus, les auteurs se complaisent à noter que, dans la vie moderne, les hommes n'ont pas coutume de « s'associer pour ne pas mourir de faim »⁽²⁹⁰⁾, et que telle est la raison de la profonde décadence des sociétés universelles. Soit; mais il n'en reste pas moins que, suivant la conception légale, la société peut avoir pour but la réalisation d'un profit d'ordre négatif. Aussi bien, les juristes qui ont examiné, comme MM. Pichon et Chauvin⁽²⁹¹⁾, d'une manière tant soit peu approfondie, les rapports de la communauté conjugale avec la définition de l'article 1832, ont-ils été conduits à accepter, pour base ou pour conséquence de leur examen, une notion large du bénéfice, embrassant la perte évitée au même rang que le gain positif. C'est à des constatations identiques que nous allons être amené, en étudiant distinctement, selon notre méthode, les bénéfices normaux et les bénéfices exceptionnels résultant du régime de communauté.

(288) Comp. Duvergier, *Sociétés*, n° 87; Pont, *Sociétés*, I, n° 163.

(289) Fenet, V, p. 280.

(290) Laurent, XXVI, n° 231.

(291) Pichon, *Des caractères distinctifs des associations soumises à la loi du 1^{er} juillet 1901*, thèse Paris, 1905, p. 54; Chauvin, *Etude sur la nature juridique de la communauté*, thèse Caen, 1906, p. 83.

1° *Les bénéfices normaux*
résultant de la communauté conjugale.

A la différence des autres régimes, où les bénéfices normaux n'ont jamais qu'une nature purement négative, la communauté conjugale donne lieu normalement à des bénéfices négatifs et positifs; de là une nouvelle distinction.

a. LES BÉNÉFICES NORMAUX D'ORDRE NÉGATIF. — Les deux points : assurance, économie, reparaissent ici, bien qu'avec quelques particularités importantes.

Assurance. — La faculté de diluer, en quelque sorte, sur un patrimoine collectif la charge des obligations légales qui incombent à chaque époux (art. 1409-5°) constitue un avantage économique, analogue à celui que procurent les assurances mutuelles, donc un bénéfice au sens de l'article 1832.

Economie. — Nous avons aperçu, dans les précédents types de sociétés conjugales, le rudiment d'une société coopérative de consommation. Cela n'est pas moins exact pour la communauté, puisque celle-ci, comme tout régime matrimonial, présuppose nécessairement cohabitation et ménage commun. Bien plus, la coopération ne se limite pas ici aux consommations ménagères : la communauté acquérant la jouissance des patrimoines propres, on peut considérer que les époux recherchent, sous une forme coopérative, non seulement une distribution plus économique de leurs dépenses de ménage, mais aussi une meilleure utilisation de leurs biens. Par d'autres traits, et ceci est tout à fait particulier à ce régime, la société conjugale, dépassant le stade de la consommation, touche, en l'espèce, au domaine du crédit. Les économistes ont souvent constaté que la communauté, par la concentration de

capitaux qu'elle engendre, renforce le crédit des conjoints ⁽²⁹²⁾. Nous précisons (ce que vérifiera le mécanisme du passif) qu'elle remplit sommairement la fonction d'une société coopérative de crédit ⁽²⁹³⁾. Au profit du mari, il existe une ouverture de crédit illimitée ⁽²⁹⁴⁾: toutes les obligations qu'il contracte durant le mariage s'accompagnent, de plein droit, de la garantie solidaire de la société (art. 1409-2°). L'aval de la société n'assortit pas avec le même automatisme les dettes de la femme; mais la formalité est, à ce point de vue, minime, puisqu'il suffit d'une autorisation maritale pour arriver à un tel résultat (art. 1419). Ce qu'il faut mettre en relief, c'est que ce crédit — à terme indéfini, puisque le remboursement n'aura lieu, par le jeu des récompenses, qu'à la dissolution de la communauté — est un crédit entièrement gratuit (art. 1473). L'économie d'intérêts qui en découle, répartie entre les époux, selon le principe coopératif, au prorata des opérations effectuées, constitue bien certainement un bénéfice au sens que nous avons attribué à ce mot.

β. LES BÉNÉFICES NORMAUX D'ORDRE POSITIF. — L'élément vivant de la communauté conjugale, c'est l'acquêt. C'est autour des acquêts que la communauté est apparue historiquement; c'est autour des acquêts que gravite encore aujourd'hui son existence. Rien ne le montre mieux que la grande faveur qui accueille, dans la pratique, la communauté réduite aux acquêts. Or, qu'est-ce que l'acquêt

(292) Cauwès, *Cours d'Economie politique* 3^e éd., I, nos 49 et 235.

(293) Par l'interprétation stricte du terme bénéfice, la doctrine et la jurisprudence sont amenées à voir des associations dans les sociétés coopératives de crédit comme dans toutes les sociétés coopératives (Houpin et Bosvieux, III, n° 2087). On se rappelle que l'arrêt Caisse rurale de Manigod a été rendu à propos d'une caisse de crédit agricole. Quant à la législation, touffue quoique fragmentaire, touchant le crédit coopératif, on peut observer qu'elle parle de sociétés et non d'associations.

(294) Cela est contraire au droit commun (V. Loi du 13 mars 1917, art. 3, sur les sociétés de caution mutuelle).

« fait par les époux ensemble ou séparément durant le mariage, et provenant tant de l'industrie commune que des économies faites sur les fruits et revenus des biens des deux époux » (art. 1498); qu'est-ce que l'acquêt, si ce n'est un bénéfice satisfaisant à l'interprétation la plus stricte de l'article 1832 ? Serait-il vrai que le bénéfice consistât obligatoirement dans un accroissement matériel du patrimoine de chaque associé, la notion d'acquêt répondrait à cette exigence. Le partage de cette catégorie de bénéfices tranche, sans doute, assez fortement, par sa physionomie, sur ce qui se passe dans les sociétés ordinaires et, notamment, dans les sociétés commerciales. Alors que, dans ces sociétés, la répartition des bénéfices a lieu par exercices annuels, ce n'est qu'à la dissolution de la communauté que les acquêts se partagent entre les époux. Mais on doit prendre garde que, rationnellement, dans une société quelconque, il faudrait attendre le jour de la dissolution pour apprécier s'il y a des bénéfices à répartir ⁽²⁹⁵⁾ : la distribution annuelle des dividendes n'est qu'un tempérament utilitaire apporté à la rigueur des principes. Le mode de partage des acquêts, loin de constituer une anomalie, conserve donc, dans toute sa pureté abstraite, la notion de bénéfice ⁽²⁹⁶⁾.

2° *Les bénéfices exceptionnels résultant de la communauté conjugale.*

Les bénéfices exceptionnels sont, techniquement parlant, des avantages matrimoniaux. Ce n'est un secret pour personne que les avantages matrimoniaux trouvent, dans le régime de communauté, leur terrain de prédilection, au

(295) Comp. Houpin et Bosvieux, I, n° 190.

(296) Guillouard (*Société*, n° 220) a même soutenu que, dans une société ordinaire, à défaut de stipulation contraire, la répartition des bénéfices ne pourrait être exigée qu'à la fin des opérations sociales.

point que le Code civil les a uniquement réglementés sous l'angle de ce régime.

Pour que la communauté n'engendrât pas de ces avantages, il faudrait supposer, d'abord, un équilibre parfait entre les apports des deux conjoints. Or, un tel équilibre est pratiquement irréalisable. La moindre inégalité, affectant l'un des multiples facteurs dont se compose la communauté, suffit à faire naître, tantôt pour le mari, tantôt pour la femme, un profit anormal d'ordre positif. Ainsi, la communauté légale, par la confusion de meubles et de dettes qu'elle entraîne, bénéficie au plus pauvre ou au plus endetté (art. 1496); la communauté réduite aux acquêts limite le bénéfice à l'accumulation des revenus, mais elle ne le supprime pas; la clause de réalisation, l'ameublement, la séparation de dettes, bien que théoriquement destinés à corriger les disproportions de la communauté légale, peuvent — conçus sous une forme partielle ou unilatérale — y apporter une aggravation détournée (art. 1527, 3^e al.). Sans viser directement pareil but, ces divers types de communauté aboutissent donc, éventuellement, par des combinaisons de fait, à procurer à l'un ou à l'autre des époux un enrichissement exceptionnel.

Bien mieux, à côté de ces avantages matrimoniaux que l'on peut qualifier d'indirects, la communauté n'est pas moins féconde en avantages directs, caractérisés, délibérés, où le transfert de richesses au profit de l'un des conjoints est un résultat non plus accidentel, mais essentiel, inhérent à la nature de l'institution mise en jeu. Si la clause de reprise d'apport franc et quitte (art. 1514) ne donne qu'une faible idée de cette espèce d'avantages, le préciput (art. 1515), la fixation de parts inégales (art. 1520), le forfait (art. 1522), l'attribution de tous les acquêts (art. 1525), en constituent les prototypes achevés. Ce qu'il importe de considérer ici, c'est que l'on est toujours en présence de la notion de bénéfice dans son sens le plus rigou-

reux : accroissement matériel du patrimoine propre d'un associé. Il n'y a d'anormal que les modalités selon lesquelles le profit se répartit entre les conjoints, modalités frisant parfois, nous le savons, l'aspect de la dévolution successorale. En réalité, ces avantages sont essentiellement des bénéfices sociaux, s'intégrant dans la somme des bénéfices de toute sorte, positifs et négatifs, produits par le régime de communauté, et l'on ne saurait, précisément, décider de leur caractère gratuit ou onéreux qu'en les faisant apparaître comme tels.

c) TROISIÈME ÉLÉMENT : L' « AFFECTIO SOCIETATIS ».

On se heurte, d'erechef, à l'objection formulée par M. Capitant : « Il ne faut pas confondre l'*affectio societatis* et l'*affectio conjugalis*. » En d'autres termes, dans la communauté conjugale, il n'y aurait place que pour des sentiments désintéressés. En dégageant la théorie des bénéfices de communauté, nous avons, du même coup, repoussé cette assertion, inspirée de l'idée d'association conjugale. Rationnellement et expérimentalement, on est en droit de supposer que chacun des futurs, en consentant à absorber tout son avenir économique dans la communauté, espère y trouver les moyens de maintenir et de développer son bien-être. Dans la plupart des cas, — le mariage unissant des êtres jeunes, auxquels l'esprit d'entreprise et de création est inhérent, — c'est même un désir essentiellement ploutologique, le désir de l'acquêt, qui inspire les époux quand ils fondent un ménage en adoptant le régime de la communauté de biens. La prétendue *affectio conjugalis* s'efface donc devant l'*affectio societatis*, dont il ne reste plus qu'à serrer la signification technique. L'habituelle décomposition de facteurs intervient : volonté d'union, acceptation des risques. Volonté d'union : dès les origines, on a identifié communauté entre époux et collabora-

tion ⁽²⁹⁷⁾. Acceptation des risques : chaque conjoint en a sa part; les pertes auxquelles s'expose le mari sont illimitées comme pour un associé en nom collectif; la femme hasarde, au moins, autant qu'une associée commanditaire.

d) QUATRIÈME ÉLÉMENT PRÉTENDU : LA CONSTITUTION
D'UN FONDS COMMUN.

Nous nous sommes refusé, précédemment, à considérer l'existence d'un fonds commun comme un élément nécessaire de la société. Ici la difficulté ne se répète pas, car il n'est pas douteux que la communauté conjugale comporte un fonds commun (art. 1401); c'est même la caractéristique fondamentale qui la différencie des autres régimes matrimoniaux. Seulement ce fonds commun est-il indivis entre les époux? entre-t-il, au contraire, dans le patrimoine d'une personne morale? La question va être résolue tout à l'heure.

B. — PLACE DE LA COMMUNAUTE CONJUGALE
DANS LES DIVERSES CLASSIFICATIONS DES SOCIÉTÉS

Dans une première classification, il faut dire que la communauté conjugale est une société civile. Son champ d'activité est, sans doute, plus vaste que celui des autres régimes matrimoniaux : elle n'a pas seulement pour objet de pourvoir, en général, aux charges pécuniaires du mariage; la gestion de la fortune mobilière et immobilière dépendant du fonds commun, les rapports de crédit entretenus avec les époux impriment à ses opérations un certain caractère spéculatif. Ces opérations, cependant, en tant qu'elles ne s'extériorisent pas hors des relations entre conjoints, sont exclusives de la notion d'acte de commerce ⁽²⁹⁸⁾. Mais,

(297) Comp. loi ripuaire, titre XXXVII : « De omni re quam simul collaboraverint », et la mention de la « collaboratio » dans de nombreuses chartes.

(298) C'est ainsi qu'on regarde les sociétés d'assurances mutuelles et

si l'on suppose qu'un époux est lui-même commerçant, le caractère commercial ne va-t-il pas déteindre sur la communauté? C'est un problème que nous réservons pour la seconde partie du présent ouvrage.

A considérer maintenant l'étendue de l'apport, il faut ranger la communauté conjugale parmi les sociétés universelles (299). Non seulement la communauté universelle, mais tous les types de communauté, sans exception, ressortissent à cette catégorie. Toutefois, on notera qu'il s'agit, en l'espèce, d'une catégorie juridique morte : la vie s'est, depuis longtemps, retirée des articles 1836 à 1840 du Code, et il n'y a plus, à l'heure actuelle, d'autres sociétés universelles que la communauté entre époux et son reflet, la société entre concubins. Pourquoi? parce que la société universelle est matériellement conditionnée par la cohabitation et que, dans l'ambiance individualiste de l'époque, seule l'union des sexes parvient encore, et avec des difficultés accrues, à fonder une cohabitation tant soit peu durable.

A un point de vue moins abstrait, la communauté conjugale, société de personnes, suggère, par sa structure, un rapprochement avec la commandite simple. Une société civile est certainement apte à recevoir de la loi, quant à la responsabilité des associés, les formes de la commandite commerciale (300). Or (le parallèle a bien souvent été fait par les auteurs) (301), la situation de la femme dans la

de crédit mutuel comme purement civiles quand elles ne traitent qu'avec les associés. (Houpin et Bosvieux, II, nos 1634 et 1842.)

(299) Cela a été, pourtant, contesté par Toullier (XII, n° 92), sous le prétexte fallacieux que la communauté comprend seulement les biens que le Code civil y fait expressément entrer.

(300) Il n'y a pas de difficulté, la responsabilité de la femme commune étant limitée par les textes. Mais on sait que, d'après la jurisprudence, la convention des parties ne pourrait conférer à une société civile, tout au moins à l'encontre des tiers, la structure d'une commandite simple.

(301) Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, II, n° 1004; Chéron, *op. cit.*, p. 150.

communauté s'apparente, en beaucoup de points, à celle d'une associée commanditaire. Grâce au bénéfice d'émolument, dont le droit de renonciation n'est, au fond, que le renforcement brutal (302), la femme commune en biens ne répond des dettes sociales que jusqu'à concurrence de son apport, conformément à l'article 26 du Code de commerce. C'est là la similitude essentielle. On ajoute que le principe interdisant à l'épouse la gérance de la communauté serait le pendant de l'article 27, ainsi conçu : « L'associé commanditaire ne peut faire aucun acte de gestion, même en vertu de procuration. » Mais l'équivalence est spécieuse : outre que la femme peut agir en vertu de la procuration du mari (art. 1420), elle tient de la loi un pouvoir propre de gestion concernant les actes domestiques. A dire vrai, la gérance de la communauté est répartie par branches entre les deux conjoints, ce qui s'éloigne fondamentalement de l'économie de la commandite. D'autre part, lorsque l'épouse s'immisce dans le département de gestion qui ne lui est pas ouvert, elle est personnellement tenue des opérations mêmes qu'elle a accomplies, mais non pas de la totalité des engagements de la société, à la différence de ce que décide, au moins en certains cas, l'article 28 du Code de commerce, car les tiers ne peuvent ignorer la position de la femme dans le ménage. Baudry-Lacantinerie signale une autre opposition : « Le commanditaire, écrit-il, n'est qu'un bailleur de fonds, dont les droits dans la société sont invariablement fixés par le pacte social. La femme, au contraire, a pendant la communauté une situation indécise. Sera-t-elle, quand se liquidera cette communauté, traitée comme une associée en nom, tenue personnellement et *ultra vires* de la moitié des dettes communes; ou bien n'y sera-t-elle obligée que jusqu'à concurrence de son apport? Sera-t-elle

(302) Labbé, note S. 76. 1. 241, sous l'arrêt. Montlaurent (Cass. civ., 26 janv. 1876).

mise à l'abri de toute réclamation, pour peu qu'elle abandonne cet apport tout entier? Cela dépendra de sa seule volonté, d'une volonté qu'elle exprimera librement après la dissolution de la communauté, sans qu'aucune convention antérieure puisse venir en entraver la manifestation (art. 1453). » Plus profonde encore nous paraît une dernière différence : la femme, en entrant dans la communauté, ne peut mesurer d'avance l'étendue des obligations qui lui incomberont en fin de compte, car, s'il arrive que la communauté périclite, la séparation de biens s'y substituera, avec la responsabilité illimitée qu'elle comporte, nous le savons, pour l'épouse ⁽³⁰³⁾. La femme commune en biens voit donc planer sur elle un risque indéterminé, dont le commanditaire est exempt. Aussi la comparaison de la communauté conjugale et de la commandite peut bien avoir une valeur indicative, elle ne saurait aboutir à une classification scientifique.

C. — REFUTATION DES OBJECTIONS TRADITIONNELLES

Pour établir une opposition entre la société et la communauté conjugale, on recourt à deux considérations contradictoires ⁽³⁰⁴⁾ : tantôt on invoque le principe de la liberté des conventions matrimoniales, grâce auquel la communauté est affranchie de beaucoup de règles restrictives qui s'imposent aux sociétés ordinaires; tantôt on déclare que la volonté des époux se meut dans un cercle bien plus étroitement limité que celle des associés ordinaires. Les

(303) La femme reste même rétroactivement tenue sur ses biens personnels, malgré la renonciation, de certaines dettes de communauté (Comp. Planiol, III, n° 1434) : dettes contractées pour l'éducation des enfants et, devrait-on ajouter, car il est irrationnel de dissocier ce noyau de passif social, dettes contractées pour l'entretien du ménage en général.

(304) Rodière et Pont, I, n° 335; Guillouard, I, n° 341-342; de Folleville, *Traité du contrat pécuniaire de mariage*, n° 130; Baudry-Lacantinerie, *Le Courtois et Surville*, I, n° 246; Chauvin, *op. cit.*, p. 85 et suiv.

deux arguments paraissent près de se neutraliser. En réalité, ils ne sont inexacts ni l'un ni l'autre ⁽³⁰⁵⁾. Si les époux jouissent dans le contrat de mariage de plus de liberté que les associés dans le contrat de société, c'est uniquement au point de vue de la composition de la masse commune et de son mode de partage, parce que là, à côté des éléments matériels de l'actif, interviennent des éléments de nature morale, ainsi qu'il apparaîtra mieux à l'occasion des avantages matrimoniaux; des stipulations aussi larges pourraient, d'ailleurs, être insérées dans un contrat de société quelconque, seulement ce contrat, d'après les conceptions courantes, ne vaudrait plus alors que comme libéralité : au fond, on ne le remarque pas assez, ce premier groupe de différences ne concerne pas directement la structure des sociétés, mais le caractère onéreux ou gratuit des avantages auxquels elle est susceptible de donner lieu. A l'inverse, si la volonté des futurs conjoints se heurte à un réseau de règles impératives, c'est au point de vue de la gestion et de la durée de la communauté conjugale, parce que la question met en jeu une conception déterminée de l'organisation de la famille, c'est-à-dire l'institution du mariage considérée tant en elle-même que dans l'un de ses effets immédiats : la puissance maritale. En conclusion, dans les deux cas, les différences, du reste accessoires, que l'on relève entre la communauté et les sociétés ordinaires ne sont qu'une adaptation nécessaire des principes de la société en général au but spécial poursuivi par le type de société qui est envisagé dans l'espèce. Il n'en est pas moins utile d'examiner en détail ces différences, afin de montrer définitivement l'inanité des objections traditionnelles que l'on présente, sans grande conviction, contre notre théorie.

Alors qu'il est impossible, dans la société universelle

(305) Comp. Planiol, *Traité élémentaire*, III, n° 901 bis.

la plus étendue, d'englober la propriété des biens qui adviendraient aux associés par succession, donation ou legs (art. 1837), la communauté conjugale peut comprendre la propriété des meubles (art. 1401-1^o) et même des immeubles (art. 1526) acquis par les époux à titre gratuit. Mais précisément l'article 1837 lui-même réserve la dérogation en des termes qui indiquent clairement que, dans le système du Code civil, la communauté est une société au sens technique du mot (306).

Tandis que la part de chaque associé dans les bénéfices ou dans les pertes est, sauf clause contraire, proportionnelle à sa mise de fonds (art. 1853), l'actif et le passif de la communauté se partagent par moitié entre les conjoints (art. 1474 et 1482), s'il n'en a été autrement convenu. L'antinomie de deux règles supplétives de volonté peut-elle avoir une portée considérable? On l'admettra ici d'autant moins que l'article 1853 n'a, d'après certains, qu'un champ d'application limité (307).

L'art. 1855 annule la convention qui donnerait à l'un des associés la totalité des bénéfices. L'article 1525 permet aux

(306) Art. 1837 : « La société de tous biens présents est celle par laquelle les parties mettent en commun tous les biens meubles et immeubles qu'elles possèdent actuellement, et les profits qu'elles pourront en tirer. — Elles peuvent aussi y comprendre toute autre espèce de gains; mais les biens qui pourraient leur advenir par succession, donation ou legs, n'entrent dans cette société que pour la jouissance : toute stipulation tendant à y faire entrer la propriété de ces biens est prohibée, *sauf entre époux, et conformément à ce qui est réglé à leur égard.* »

(307) La disposition de l'article 1853, al. 1^{er}, inconnue dans les législations antérieures (V. pour le droit romain Dig. 17. 2. 29, pr. et Girard, *Manuel*, p. 616, note 2; pour l'ancien droit : Pothier, *Société*, n^o 73), devrait être restreinte, d'après quelques auteurs, au cas où les apports ont été estimés; dans le cas contraire, les parts seraient en principe égales (Duranton, XVII, n^o 426; Pardessus, *Cours de droit commercial*, IV, n^o 985. — Contra : Troplong, *Société*, II, n^o 615; Laurent, XXVI, n^o 297; Lyon-Caen et Renault, *Traité*, II, n^o 50). En tout cas, lorsque tous les apports sont des apports en industrie, la jurisprudence décide que le partage doit, à défaut de clause contraire, se faire par parts égales (Req., 16 nov. 1886, S. 89. I. 423).

époux de stipuler que la totalité de la communauté appartiendra au survivant ou à l'un d'eux seulement, sauf aux héritiers de l'autre à faire la reprise des apports et capitaux tombés dans la communauté du chef de leur auteur; et la permission est interprétée aujourd'hui de la façon la plus extensive. Mais il n'y aurait équivalence entre l'attribution totale des bénéfices et l'attribution totale des acquêts que si les acquêts constituaient la totalité des bénéfices de la communauté conjugale. Or, nous croyons avoir montré qu'ils n'en constituent qu'une partie et que les époux retirent toujours de la communauté, durant le mariage, d'autres bénéfices, forcément partagés. Ajoutons, d'ailleurs, que, dans les sociétés ordinaires, malgré l'article 1853, la stipulation que tous les bénéfices appartiendront au survivant des associés est jugée licite (308).

On oppose aussi l'article 1853, en tant qu'il prohibe la

(308) En ce sens : Pardessus, *Cours de droit commercial*, III, n° 997; Troplong, *Société*, II, n° 646; Pont, *Sociétés*, nos 441 et suiv.; Guillouard, *Société*, n° 236; Lyon-Caen et Renault, *Traité*, II, n° 44; Houpin et Bosvieux, I, n° 197; Baudry-Lacantinerie et Wahl : *Société*, n° 271; Thaller et Pic, I, n° 45; Vavasseur (7^e éd.), I, n° 467. — *Contra* Laurent, XXVI, n° 288. — Les auteurs déclarent que cette convention, qui ne constitue pas, du reste, une tontine, n'est pas contraire à l'article 1853; cet article vise simplement à prohiber la société lésionnaire, celle où l'un des associés se fait attribuer tous les bénéfices par un abus d'influence, ce qui n'est pas le cas. Quelques-uns (V. par ex. Baudry-Lacantinerie, *loc. cit.*) invoquent même l'article 1525, qui qualifie la stipulation matrimoniale « une convention entre associés ». — La jurisprudence a sanctionné l'opinion de la doctrine (Req., 17 août 1868, S., 69. 1. 22; Gand, 25 juillet 1879, *Journal de Droit international*, 1882, p. 642, où il est précisé que la convention, étant aléatoire, ne constitue pas une donation; et surtout le jugement Peuchet du Tribunal de commerce de Troyes, 49 mars 1900, S., 1901. 2. 234; D. 1901. 2. 47). La clause sur laquelle a statué le jugement Peuchet était caractéristique par ses ressemblances avec la stipulation prévue à l'article 1525 : les bénéfices devaient être partagés par moitié, comme les pertes, au cours de la société; l'attribution au survivant ne s'appliquait qu'aux bénéfices que les associés auraient pu accumuler volontairement; enfin, la reprise des effets personnels et de l'apport de l'associé prédécédé était réservée à ses héritiers. — Il reste toutefois une différence entre la société ordinaire et la communauté si l'on admet, dans celle-ci, la possibilité d'attribuer tous les acquêts à la femme sans condition de survie (Comp. Colmet de Santerre sur Demante, VI, n° 193 bis, III).

stipulation qui affranchirait la mise d'un associé de toute contribution aux pertes ⁽³⁰⁹⁾, et l'article 1514, qui autorise au profit de la femme la clause de reprise d'apport franc et quitte. Mais l'article 1514 est-il vraiment exorbitant du droit commun des sociétés? Rodière et Pont soutiennent avec raison la négative : « Rien n'empêche, remarquent-ils, de stipuler, dans une société ordinaire, que l'un des associés retirera la somme ou le corps certain qu'il y a mis, et une telle stipulation doit produire son effet, quand même la société serait en perte... Dans le cas proposé, la mise de l'associé a pour objet non la propriété même de la somme ou du corps certain, mais la jouissance seulement, en sorte que les risques de celui qui a fait l'apport consistant dans les intérêts qu'il peut perdre, le prélèvement de son apport ne fait pas que la règle générale ne soit pas respectée » ⁽³¹⁰⁾. La femme renonçante, en toute hypothèse, a perdu la jouissance intérimaire de son apport. Il ne faut pas dire, comme le fait M. Chauvin ⁽³¹¹⁾, qu'elle risque d'en perdre également la propriété parce que la clause de reprise est inopposable aux créanciers de la communauté ou du mari. Rien n'est plus contestable que cette prétendue inopposabilité. Sans doute, par contre-coup de l'arrêt Moinet et de la théorie de la femme créancière des reprises ⁽³¹²⁾, la Cour de cassation a-t-elle souvent jugé,

(309) Cette innovation du Code n'est pas, d'ailleurs, à l'abri de la critique sur le terrain rationnel (En ce sens : Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Société*, n° 275).

(310) Rodière et Pont, III, n° 1490, et les auteurs par eux cités. — On a parfois soutenu que l'absence de bénéfices ne constituait pas, pour l'apporteur en jouissance, une perte au sens de l'article 1835 (V. par ex. Thaller, note au D., 1907. 2. 25, sous Amiens, 26 mai 1906); mais l'opinion contraire est de beaucoup prépondérante (Troplong, *Société*, II, n° 660; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Société*, n° 279; Req., 20 déc. 1893, S., 94. 1. 484; D., 94. 1. 224; Req., 21 avril 1913 et 1^{er} févr. 1921, S., 22. 1. 166; Alger, 14 mai 1924, *Journal des sociétés*, 1926, p. 210).

(311) Chauvin, *op. cit.*, p. 84.

(312) Au contraire, durant la période 1853-1858, où prévalut la thèse de la femme propriétaire, la Cour suprême déclara la clause opposable aux

depuis l'arrêt Gaudermen de 1858 ⁽³¹³⁾, que de telles clauses ne pouvaient être invoquées contre les créanciers; mais elle a toujours eu soin de laisser la porte ouverte à des stipulations plus explicites, et, le 15 juillet 1902, dans l'arrêt Pointraud, elle a fini par reconnaître que, grâce à la combinaison de l'hypothèque légale avec une stipulation de ce genre, la femme pouvait reprendre son apport franc et quitte par préférence aux créanciers hypothécaires du mari ⁽³¹⁴⁾. Quelques auteurs n'acceptent pas franchement la possibilité admise par la jurisprudence : « Si on voulait lui donner effet dans la pratique, dit Planiol, il faudrait l'interpréter comme contenant une clause de *réalisation implicite*. » ⁽³¹⁵⁾. Ces mots nous indiquent justement le moyen de concilier la doctrine consacrée par l'arrêt Pointraud avec l'article 1855, al. 2, du Code civil : l'épouse, au fond, stipule que son apport de propriété se transformera rétroactivement, au cas de renonciation, en un apport de jouissance ⁽³¹⁶⁾.

créanciers de la communauté ou du mari (Cass. civ., 7 févr. 1835, S., 35. 1. 580; Req., 16 avril 1836, S., 56. 1. 411; D., 56. 1. 198).

(313) Req., 14 déc. 1858, S., 59. 1. 229; D., 59. 1. 49. — V. en outre : Req., 29 janv. 1866, S., 66. 1. 141; Cass. civ., 2 déc. 1872, S., 72. 1. 437; Req., 14 juin 1879, S., 80. 1. 448.

(314) Cass. civ., 15 juill. 1902, S. 1903. 1. 313 (note Naquet); D., 1904. 1. 333 (note de Loynes). Cet arrêt admet, dans ses motifs, que la femme pourrait frapper ses apports de dotalité, et stipuler dans le contrat de mariage qu'elle aurait le droit de les reprendre nonobstant toute aliénation ou constitution de droits réels consentie par le mari. — En s'en tenant au dispositif et à la reprise en valeur qu'il autorise, par le jeu de l'hypothèque légale de la femme, à l'encontre des créanciers, il est intéressant d'opposer à l'arrêt Pointraud le jugement Delhay et Spalart, qui, dans une société ordinaire, a annulé, comme contraire à l'article 1855, une clause garantissant par une hypothèque le remboursement d'un apport, solution dont le bien-fondé paraît, du reste, contestable (Trib. civ. Vervins, 31 juill. 1902, D. 1903. 2. 423).

(315) Planiol, *Traité élémentaire*, III, n° 1390 en note. — Comp. la note critique précitée de M. de Loynes.

(316) Le forfait de communauté (art. 1522) paraît également déroger au droit commun des sociétés : à l'alinéa premier de l'article 1855 si la communauté est bonne, à l'alinéa second si elle est mauvaise. Mais ce n'est qu'une apparence : il suffit, pour s'en rendre compte, de se référer aux

Par exception, sur un point, la loi traite le mode de partage en matière de communauté plus restrictivement qu'en matière de société. L'article 1521, al. 2, interdit d'établir, dans une clause de partage inégal, une proportion différente pour l'actif et pour le passif, alors que cela serait permis par le Droit commun des sociétés (317). On justifie tant bien que mal cette sévérité inattendue en arguant que les époux ne peuvent se faire de donations déguisées (318). A vrai dire, l'article 1521, al. 2, est une survivance historique, qu'il est difficile d'harmoniser avec le système général du Code civil sur les avantages matrimoniaux.

Passons maintenant à la réglementation impérative, par laquelle le fonctionnement de la communauté conjugale trancherait sur celui des sociétés. On peut remarquer d'avance que, si dans les sociétés civiles la liberté est la règle, il n'en est pas de même dans les sociétés commerciales, notamment dans les sociétés par actions. Dans celles-ci, la volonté des fondateurs et des actionnaires est en-

explications déjà données sur les deux règles de l'article 1855. — Au reste, en matière de sociétés ordinaires, la jurisprudence valide des combinaisons qui se rapprochent beaucoup de l'article 1522 : par ex. il peut être stipulé que l'un des associés aura le droit de choisir entre sa part de bénéfices et une somme fixe (Cass. civ., 7 déc. 1836, S., 37, 1. 650; comp. en ce sens; Pont, *Sociétés*, n° 448; Lyon-Caen et Renault, II, n° 43); un associé peut céder sa part de bénéfices à ses coassociés moyennant une somme à forfait, si cette somme est payable à terme et si la situation de la société peut faire craindre qu'elle ne soit pas payée (Req., 9 juill. 1885, D., 86. 1. 301); enfin et surtout, clause très pratique, on peut convenir que l'associé survivant aura la faculté de conserver pour son compte personnel la totalité du fonds social, à charge d'indemniser les ayants droit du prédécédé sur la base du dernier inventaire (Paris, 5 déc. 1929, S., 30. 2. 57, note de M. Gény; comp. Trasbot, *Journal des sociétés*, 1929, p. 129 et suiv.).

(317) Aubry et Rau, VI, § 377; Lyon-Caen et Renault, II, n° 47; Houpin et Bosvieux, I, n° 499. — Cette faculté de répartir les bénéfices autrement que les pertes est, d'ailleurs, si peu imposée par l'essence de la société que le Tribunal d'appel de Lyon avait demandé, dans ses observations, que l'article 1855 contint une disposition prohibitive en sens contraire (Fenet, IV, p. 312). — Comp. art. 1814, al. 3.

(318) Planiol, *Traité élémentaire*, III, n° 1346.

serrée par un cadre de dispositions d'ordre public, que les tendances législatives du moment visent à rendre plus étroit encore; et pourtant personne ne conteste que ce soient là des sociétés.

Le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales (art. 1395) est sans doute en contradiction avec la faculté qui appartient aux associés ordinaires de modifier les statuts primitifs. Mais il ne faut rien exagérer. Le principe de l'immutabilité, qui est, du reste, vivement critiqué à l'heure actuelle (319), s'accommode de certains tempéraments issus de la pratique extrajudiciaire (320). A l'opposé, dans les sociétés commerciales, les associés n'ont pas pleine licence pour bouleverser à leur gré le pacte social (321). En particulier, aux termes de l'article 64 de la loi du 24 juillet 1867, tout changement des statuts doit être publié. Cela est important, car c'est précisément la difficulté d'organiser une publicité analogue, pour les modifications du régime matrimonial, qui constitue aujourd'hui un sérieux obstacle à la réforme de l'article 1395 (322).

On établit une antinomie entre l'article 1859 accordant à chaque associé, à défaut de clause spéciale, un pouvoir

(319) On sait que les Codes civils allemand (art. 1432) et suisse (art. 179) l'ont répudié. En France même, la loi du 7 janvier 1930 (modifiant l'art. 293 C. civ.) marque peut-être une étape dans la voie de la suppression de l'immutabilité (Comp. sur la portée de cette loi : Lalou, D. H. 1930, *Chronique*, p. 9 et suiv.). Une proposition tendant à l'abrogation de l'article 1395 est en instance devant le Parlement (V. *Revue trimestrielle*, 1930, p. 1184). Voir, cependant, une forte défense de l'immutabilité par M. Savatier, *De la portée et de la valeur du principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales* (*Revue trim.*, 1921, p. 93 et suiv.).

(320) Comp. sur ces combinaisons de mandats et de libéralités, que l'ingéniosité des praticiens utilise pour tourner l'article 1395, Planiol, Ripert et Nast, I, n° 60.

(321) Voir pour les sociétés à capital variable les articles 49 al. 2, et 51, al. 1, de la loi du 24 juillet 1867. Dans les sociétés anonymes ordinaires, il y a, en tout cas, des conditions de fond et de forme (art. 31 de la loi de 1867, modifié par la loi du 22 novembre 1913).

(322) Planiol, *Traité élémentaire*, III, n° 814 bis.

égal d'administration et l'article 1421, soumettant la communauté à l'administration exclusive du mari. Mais la règle de l'article 1859, outre qu'elle est purement théorique, ne joue pas dans toutes les sociétés : c'est ainsi que, dans la commandite simple, seul le commandité peut accomplir des actes de gestion (art. 27 C. com.). On répondra peut-être que l'objection n'est pas là. Quand une commandite se fonde, n'importe quel associé, quel que soit son état antérieur, est légalement apte à tenir le rôle soit de gérant, soit de commanditaire. Ce qu'il y a d'exorbitant dans la communauté conjugale, c'est que les époux sont obligés d'entrer dans un type préconstitué de société, où la *personne* du gérant est imposée d'avance par la loi. Mais est-il sûr que la situation soit sans équivalent dans le droit des sociétés ? D'après la loi du 2 juillet 1862 modifiant l'article 75 du Code de commerce, lorsqu'un agent de change veut s'adjoindre un associé, l'un et l'autre doivent, en quelque sorte, subir un type de société légalement déterminé et (ce qui accentue le rapprochement avec la communauté) voisin de la commandite simple tout en en restant distinct⁽³²³⁾, où seul le titulaire de la charge peut être gérant, c'est-à-dire où *le gérant est impérativement désigné par la loi à raison d'une qualité préexistante à la société*. Il serait imprudent d'oublier cette infinie variété de formes concrètes, sous laquelle la notion abstraite de société se révèle dans la vie juridique.

Enfin, on observe que la durée de la communauté est impérativement réglée par la loi, tandis que celle d'une société est laissée au bon plaisir des associés. Mais cette observation, quand on la scrute de près, apparaît avec une portée des plus réduites.

Quant au point de départ de la société, il est inopérant d'opposer l'article 1843 à l'article 1399. Du moment que

(323) Lyon-Caen et Renault, *Traité*, II, n° 458.

notre législation avait accepté ces deux principes : à savoir que tout mariage s'accompagne obligatoirement d'un régime matrimonial et que tout régime matrimonial est immuable, il était logiquement impossible de permettre l'établissement d'une communauté à terme suspensif.

Quant aux causes de dissolution, on prétend que la différence serait particulièrement marquée. Nous pensons qu'un parallèle rigoureux est susceptible de ramener cette différence à ses justes proportions.

En ce qui concerne la dissolution volontaire, il ne faut pas invoquer la faculté, appartenant aux associés ordinaires, de dissoudre la société par volonté unilatérale. Une telle faculté n'existe que dans les sociétés à durée illimitée (art. 1869), et la communauté conjugale ne rentre pas dans cette catégorie. Lors même que l'on se refuserait à suivre quelques auteurs qui regardent comme des sociétés à terme les sociétés contractées pour toute l'existence des associés (ce qui est évidemment le cas en l'espèce)⁽³²⁴⁾, il n'en est pas moins sûr que les sociétés constituées pour une affaire déterminée sont des sociétés à terme incertain et non à durée illimitée⁽³²⁵⁾. Or, on peut dire que la communauté, comme tout régime matrimonial, est formée pour une affaire déterminée : le mariage, qui lui sert de substratum; elle existe par le mariage et pour le mariage. La dissolution par volonté unilatérale est donc, de droit commun, hors de cause. Reste la dissolution par convention des parties (art. 1865-5°). Elle est certes inapplicable à la communauté, ainsi que l'exprime l'article 1443 : Toute séparation volontaire est nulle. Mais pourquoi ? uniquement parce que notre système légal est dominé par l'immutabilité des régimes matrimoniaux.

(324) En ce sens : Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Société*, n° 441, et les références pour et contre. — Cette interprétation paraît, d'ailleurs, législativement condamnée par l'article 1844.

(325) Baudry-Lacantinerie et Wahl, n° 443.

Une fois introduit ce principe, la technique du droit des sociétés devait naturellement s'y plier.

La dissolution judiciaire, dont il est question dans l'article 1871, n'est en rien étrangère à la communauté conjugale. Elle revêt seulement des formes particulières : on la rencontre sous l'aspect de la séparation de biens, et aussi — car c'est un point où le mariage retentit sur le régime matrimonial — sous l'aspect de la séparation de corps ou du divorce. Au fond, la séparation de biens ne produit la dissolution de la communauté que d'une manière médiate, par contre-coup de la révocation du gérant statutaire⁽³²⁶⁾, et relative, puisque la communauté ne disparaît que pour faire place à un type réduit de société conjugale. Il semble, en tout cas, qu'il y ait une opposition grave entre la dissolution judiciaire d'une société ordinaire et celle de la communauté. En effet, tandis que les causes de dissolution judiciaire sont, en matière de société, abandonnées à l'appréciation du juge (art. 1871)⁽³²⁷⁾, les causes de séparation de biens, de séparation de corps et de divorce sont strictement déterminées par les textes (art. 1443, 229-232 et 306). Mais l'exagération confinerait ici à l'erreur. La séparation de biens ne peut sans doute être prononcée que lorsque la dot est en péril, seulement, selon une remarque de Colmet de Santerre⁽³²⁸⁾, les hypothèses où il en est ainsi sont très nombreuses. D'autre part, il est à peine besoin de rappeler l'élasticité jurisprudentielle de la notion d'injures graves dans l'article 231. En fait, les justes motifs concrets, que les tribunaux prennent en considération pour dissoudre une société ordinaire, se

(326) La révocation du gérant statutaire pour cause légitime (art. 1856) entraîne la dissolution de la société (Lyon-Caen et Renault, II, n° 508 bis).

(327) L'appréciation des justes motifs prévus par l'article 1871 est une question de fait, qui échappe au contrôle de la Cour de cassation (Req., 31 mars 1908, D., 1908. 4. 233).

(328) Colmet de Santerre sur Demante, VI, n° 94 bis, II et III).

couleront, suivant les cas, soit dans une demande en séparation de biens, s'il s'agit, par exemple, de la mauvaise situation de la société⁽³²⁹⁾, soit dans une demande en séparation de corps ou en divorce, s'il s'agit de la mésintelligence persistante des associés⁽³³⁰⁾. Pratiquement, dans la mesure où l'institution du mariage ne s'y oppose pas, il y aura coïncidence à peu près complète entre la société et la communauté conjugale au point de vue de la dissolution judiciaire.

Sous l'angle de la dissolution légale, les articles 1441 et 1865 offrent une évidente allure de parenté. La société conjugale se dissout, au premier chef, par la consommation de la négociation (art. 1865-2°), puisqu'elle est formée pour une affaire déterminée : c'est pourquoi la cessation du mariage ou, plus précisément, de la cohabitation, à la suite d'un divorce ou d'une séparation de corps, met fin de plein droit à la communauté (art. 1441-3° et 4°) comme à tout autre régime matrimonial⁽³³¹⁾. La mort naturelle de l'un des associés opère sans difficulté dans les deux hypothèses (art. 1441 et 1865-3°), sauf à observer (et on n'y manque pas) que la continuation de la société par les héritiers, licite en droit commun (art. 1868), est prohi-

(329) La mauvaise situation, actuelle ou future, de la société est un juste motif de dissolution (Req., 9 mars 1903, S., 1906. 1. 17).

(330) La mésintelligence entre associés est une des causes de dissolution judiciaire les plus fréquemment invoquées (V. par ex. Req., 11 nov. 1896, D., 97. 1. 231). Comp. sur la notion d'injures entre associés : Rennes, 7 déc. 1893, D., 94. 2. 87, et Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Sociétés*, n° 464.

(331) Au contraire, malgré l'article 1867, l'impossibilité où se trouverait l'un des conjoints de réaliser son apport ne saurait avoir d'influence sur l'existence de la communauté. Mais ce n'est que l'application du droit commun. En effet, chaque époux, à côté d'apports matériels en propriété ou en jouissance, fait des apports immatériels en industrie, qu'aucune circonstance ne peut affecter. L'impossibilité de réaliser l'apport n'est donc jamais que partielle et, comme telle, insuffisante pour provoquer la dissolution légale de la société (Comp. Aubry et Rau, VI, § 384, note 9; Houpin et Bosvieux, I, n° 315; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Société*, n° 434). La perte partielle peut sans doute donner lieu à dissolution judiciaire, mais seulement quand elle est de nature à empêcher

bée en matière de communauté (art. 1442)⁽³³²⁾. Quant à l'interdiction (art. 1865-4°), il est certain qu'elle n'agit pas sur la communauté comme une cause bilatérale de dissolution légale. Mais ne peut-on pas admettre que l'interdiction du mari, du moins, est susceptible de motiver une dissolution judiciaire sous forme de séparation de biens ? Quelques auteurs l'ont affirmé, en argumentant parfois de l'article 1865⁽³³³⁾. L'opinion contraire prévaut, il est vrai, en doctrine⁽³³⁴⁾ comme en jurisprudence⁽³³⁵⁾. Toutefois, il faut tenir compte d'un système, émis par Laurent, selon lequel, quand la femme n'est pas tutrice de son conjoint interdit, les sommes que le tuteur lui remet ont le caractère technique d'une pension alimentaire, et non d'une contribution aux charges du ménage⁽³³⁶⁾ : dans ces conditions, on devrait dire que l'existence de la société conjugale est suspendue par l'interdiction de l'époux. Pour ce qui est de la déconfiture et de la faillite (art. 1865-4°), une référence à l'article 1443 se présente d'elle-même à l'esprit : « La séparation de biens ne peut être poursuivie qu'en justice par la femme dont la dot est mise en péril, et lorsque le désordre des affaires du mari donne lieu de

le fonctionnement de la société (Baudry-Lacantinerie et Wahl, n° 462). Or ce ne sera point le cas ici : la communauté conjugale peut très bien s'ouvrir et fonctionner avec une caisse vide; les exemples en sont très fréquents.

(332) Cette prohibition est, du reste, si peu essentielle que la question de savoir si l'institution de la communauté continuée ne devrait pas être restaurée, à l'imitation des Codes civils allemand et suisse, se pose très sérieusement en législation. Comp. J. Bonnecase, *L'Institution de la communauté continuée. Contribution à l'étude de la réforme du Droit matrimonial français* (Annales de l'Université de Grenoble, 1909, p. 608-633).

(333) Demangeat, *Revue pratique*, XI, p. 250; de Folleville, *op. cit.*, nos 405 et suiv.

(334) Rodière et Pont, III, n° 2405; Demolombe, VIII, n° 614; Aubry et Rau, VIII, § 516, texte et note 46; Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, II, nos 914 et suiv.; Planiol, *Traité élémentaire*, III, n° 1169.

(335) Paris, 18 mars 1870, S., 70. 2. 142; Amiens, 18 août 1882, S., 82. 2. 222.

(336) Laurent, III, n° 57. — Comp. Aix, 5 mars 1842, D., 43. 2. 116.

craindre que les biens de celui-ci ne soient point suffisants pour remplir les droits et reprises de la femme. » Par une seule particularité, l'article 1443 s'éloigne de l'article 1865 : la cause de dissolution n'existe que dans la personne du mari; c'est la contre-partie des pouvoirs exorbitants et exclusifs qui lui appartiennent dans l'administration de la société conjugale. Il ne faut pas supposer une autre différence, tenant à ce que la dissolution se produirait de plein droit dans une société ordinaire, judiciairement dans la communauté. La déconfiture, en toute hypothèse, n'engendre ses effets qu'autant qu'elle est constatée par jugement⁽³³⁷⁾. La faillite, elle, semble ouvrir la possibilité d'une antinomie : elle dissout automatiquement une société quelconque⁽³³⁸⁾. Mais ne peut-on pas concevoir qu'elle ait la même force à l'égard de la communauté ? Rodière et Pont l'avaient admis⁽³³⁹⁾, et il est peut-être regrettable qu'on ait sacrifié à de faux scrupules d'exégèse leur solution progressive⁽³⁴⁰⁾. Outre qu'elle trouvait un point d'appui dans des textes tels que les articles 557 et suivants du Code de commerce et l'article 1446 du Code civil⁽³⁴¹⁾, elle s'imposait comme la résultante de la

(337) Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Société*, n° 421.

(338) Req., 4 août 1880, D., 81. 1. 464.

(339) Rodière et Pont, III, n° 2106.

(340) Tous les auteurs estiment que ce serait une réforme souhaitable d'attacher la séparation de biens, comme un effet légal, au jugement déclarant la faillite du mari (Comp. Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, II, n° 904, *in fine*).

(341) Les articles 557 et suivants du Code du commerce montrent la femme du failli exerçant ses reprises, sans qu'il soit question d'un jugement de séparation de biens. — L'article 1446 met visiblement en jeu la nature juridique de la communauté. Le paragraphe premier sanctionne cette règle que les créanciers personnels d'un associé ne peuvent, au nom de celui-ci, demander la dissolution de la société (Baudry-Lacantinerie et Wahl, n° 470, et la jurisprudence citée là). Quant au paragraphe second, il est inexplicable rationnellement si l'on repousse l'idée d'une dissolution de plein droit. Rien ne le prouve mieux que l'embarras des auteurs, qui en arrivent à sous-entendre dans ce texte une séparation fictive au profit des créanciers (Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Sur-

nature juridique du régime matrimonial combinée avec la théorie des sociétés.

II. — Deuxième proposition : La communauté conjugale constitue une société civile dotée d'une personnalité morale atténuée.

A. — COMMUNAUTE CONJUGALE ET SUJET DE DROIT

Dans l'arrêt duc de Rivoli⁽³⁴²⁾, point de départ de la jurisprudence reconnaissant la personnalité morale des sociétés civiles, on relève l'attendu suivant : « ... (Attendu que les textes du Code civil (notamment les art. 1830, 1832, 1867, 1845, 1846, 1847, 1848, 1855, 1859) personnifient la société d'une manière expresse, en n'établissant jamais des rapports d'associé à associé et en mettant toujours les associés en rapport avec la société. » Cet argument de texte a été critiqué⁽³⁴³⁾. Selon nous, il est superflu, la question étant bien moins de savoir si le Code a consacré la personnalité des sociétés civiles que de savoir s'il l'a condamnée expressément. Néanmoins, considéré non plus comme exégèse de sources formelles, mais comme reflet de l'élément expérimental qui contribue à constituer les sources réelles du Droit, l'argument n'est pas totalement dénué de valeur. Il est des cas où les particularités du langage législatif trahissent une idée subconsciente dans l'esprit des contemporains. A travers la personnification linguistique de la société, transparait une aspiration vers sa personnification juridique : sujet grammatical dans la phrase,

ville, II, nos 898 et suiv.). La notion de fiction, comme partout (Comp. Bonnecase, *Supplément*, IV, nos 77-96), est, en l'espèce, absolument inacceptable (Comp. Planiol, *Traité élémentaire*, III, n° 1192). — V. cependant sur la possibilité d'une faillite sans dissolution de la communauté : Cass. civ., 28 juin 1865 (D., 65, 1. 360).

(342) Req., 23 févr. 1891 (S., 92, 1. 73, note Meynial).

(343) Meynial, note précitée; Ricol, *op. cit.*, p. 328.

sujet de droit dans la législation. Ce phénomène de sémantique a, d'ailleurs, un précédent en Droit romain : à l'époque byzantine, le langage interpolateur des jurisconsultes, faisant craquer le cadre de la société-indivision, tendit à hypostasier la *societas* et à effacer les personnes physiques des associés pour laisser se manifester l'être moral (344).

On est, dès lors, autorisé à taxer la Cour suprême d'inconséquence. Si les articles précités du Code suffisent à légitimer la consécration de la personnalité des sociétés civiles, pourquoi ne pas tirer la même conclusion des textes analogues touchant la communauté conjugale ? La Cour de cassation ne semble pas s'apercevoir qu'il y a un parallélisme rigoureux entre le langage du titre IX, qu'elle-même juge tant significatif, et le langage du titre V. On peut à peine dénombrer les expressions légales où la communauté est présentée comme sujet de droit : propriétaire, donataire, créancière, débitrice, etc. (345). L'argument de texte, s'il existe, doit avoir une égale force dans les deux hypothèses. On objecte que nos vieux auteurs se servaient déjà de ces locutions, sans admettre pour cela la person-

(344) Riccobono, *Communio*, p. 104; Paul Kruger, *Justinianische Entscheidungen*, 1907, p. 1 à 20. — Exemples de ces interpolations : Dig., 17. 2. 58. 1, où l'expression classique « utrique perire » est juxtaposée à l'expression byzantine « societati perire »; Dig., 17. 2. 49, où l'on parle de « societatem lœdere », alors que les classiques disaient « damnum in re communi dare » (Dig., 17. 2. 47. 1), « rei communi nocere » (Dig., 17. 2. 52. 2), etc.

(345) Voici un inventaire, encore incomplet, de ces expressions : Biens de la communauté (art. 1412, 1416, 1419, 1421, 1422, 1426, 1427, 1436, 1437, 1454, 1471, 1472, 1495, 1507). — Chose appartenant à la communauté (art. 1405). — Communauté propriétaire (art. 1508). — Affaire de la communauté (art. 1431). — Débiteur envers la communauté (art. 1468, 1501). — Créanciers de la communauté (art. 1519). — Dettes de la communauté (art. 1482, 1483, 1484, 1488, 1490, 1494). — Indemnités dues par la communauté (art. 1470, 1493-3°). — Communauté tenue des dettes (art. 1410). — Communauté poursuivie (art. 1513). — Dettes acquittées par la communauté (art. 1510, 1514). — Récompenses dues par la communauté ou à la communauté (art. 1473).

nalité de la communauté entre époux⁽³⁴⁶⁾. Soit; mais cela veut dire simplement que, dès avant 1789, l'idée de la communauté-personne morale était « dans l'air ».

En réalité, le style personnificateur du Code, s'il ne constitue pas à lui seul la solution du problème, se prête admirablement à une transposition sur le plan de la nature juridique de la communauté. Dans cette transposition, deux aspects sont particulièrement à retenir : l'article 1405 et le système du règlement des récompenses.

L'article 1405 s'exprime ainsi : « Les donations d'immeubles qui ne sont faites pendant le mariage qu'à l'un des deux époux ne tombent point en communauté et appartiennent au donataire seul, à moins que la donation ne contienne expressément que *la chose donnée appartiendra à la communauté* »⁽³⁴⁷⁾. On ne remarque pas assez que ce texte va si loin, dans l'idée de sujet de droit, qu'il n'hésite pas à reconnaître à la communauté conjugale l'aptitude que notre législation confère le plus parcimonieusement aux personnes morales et qui a même parfois été contestée aux sociétés civiles ou commerciales⁽³⁴⁸⁾ : l'aptitude à recevoir des libéralités. A côté des donations adressées soit à l'un des époux, soit aux deux époux conjointement, pris comme personnes physiques⁽³⁴⁹⁾, la loi admet la possibi-

(346) Guillouard, I, n° 345; Chauvin, *op. cit.*, p. 111-112.

(347) Bien que l'article 1405 ne vise expressément que les donations, on est d'accord pour l'étendre aux legs (Planiol, *Traité élémentaire*, III, n° 939).

(348) Dans ce sens négatif : Labbé, note au S., 1881. 2. 249; Tissier, *Dons et legs*, n° 87. — C'est cependant la solution libérale qui prévaut en doctrine (Lyon-Caen et Renault, II, nos 118 et suiv.; Michoud, *Théorie de la personnalité morale*, II, n° 234) comme en jurisprudence (Trib. civ. Seine, 30 mars 1881, S., 81. 2. 249; Cass., aff. *Société hippique de Cavaillon*, motifs, 2 janv. 1894, S., 94. 1. 129).

(349) La distinction de la personne physique et de la personne morale conduit à décider que, si un immeuble est donné aux deux époux conjointement, il n'entre pas dans le patrimoine commun, mais reste propre à chacun pour moitié, contrairement à la solution historico-exégétique de M. Planiol (*Traité élémentaire*, III, n° 940).

lité distincte de gratifier directement la communauté en tant que personne morale.

La théorie des récompenses n'atteste pas moins la personnalité de la communauté conjugale ou, plus exactement, la persistance de cette personnalité après la dissolution. Si la communauté était une simple indivision, toutes les récompenses devraient être ramenées à des dettes et à des créances existant immédiatement entre le mari et la femme; il n'y aurait qu'un compte unique à balancer, où seuls les deux époux joueraient le rôle de créancier et de débiteur. Mais telle n'est pas la conception légale. D'après le Code civil, autre chose sont les créances et dettes réciproques des conjoints, autre chose les récompenses dues à la communauté ou par la communauté (opp. art. 1479 et 1473). De celles-ci, c'est nommément la communauté qui est créancière ou débitrice, et cette aptitude à figurer dans un rapport d'obligation suppose inéluctablement la qualité de sujet de droit. Tout cela n'est pas, d'ailleurs, question de mots, mais bien question de chiffres : si on liquidait les récompenses sans traiter la communauté en être moral, ayant son actif et son passif, le résultat de la balance des comptes serait arithmétiquement faussé. La jurisprudence s'en est aperçue depuis longtemps ⁽³³⁰⁾, et Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville en ont laissé une démonstration classique ⁽³³¹⁾. Seulement, pareil système n'est guère conciliable avec la négation jurisprudentielle et doctrinale de la personnalité de la communauté. Pour se laver du reproche de contradiction, Baudry-Lacantinerie, à l'instar de l'arrêt Barçon, limite les effets de la personnalité aux relations entre conjoints, mais ce *distinguo* ne se comprendrait qu'autant qu'on verrait dans la personnalité morale une fiction arbi-

(330) Cass. civ., 16 avril 1862 (S., 62. 1. 276); Civ., 15 mai 1872 (S., 72. 1. 313, note Labbé).

(331) Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, II, n° 1087.

traire et malléable ⁽³⁵²⁾. Aux yeux de ceux qui admettent la réalité des personnes morales, si la communauté se comporte en sujet de droit dans les rapports entre époux, elle se comporte de même à l'égard des tiers, l'essence de la personnalité étant de s'imposer à tout le monde. Les partisans de la thèse de la communauté-indivision se rabattent alors sur la considération suivante. La balance qu'il faut établir entre les récompenses dues à la communauté par un époux et à cet époux par la communauté ne ressortirait pas à la notion de compensation légale, parce que, précisément, la compensation, fondée sur la réciprocité de créances et de dettes, impliquerait en l'espèce la présence d'un être moral, créancier et débiteur. Il n'y aurait pas compensation ⁽³⁵³⁾, mais déduction, précompte; d'où cette conséquence intéressante, acceptée par les arrêts ⁽³⁵⁴⁾, que la faillite du mari ne ferait pas obstacle à l'opération, tandis que la compensation est entravée par le dessaisissement. L'argument, croyons-nous, porte à faux. Si la balance des récompenses ne constitue pas une compensation au sens de l'article 1289, elle ne se réduit pas davantage à un jeu matériel d'écritures sans intervention de la personnalité de la communauté conjugale. Il s'agit, en réalité, de la clôture d'un compte courant que la communauté, dans sa fonction de société coopérative de crédit, avait ouvert à chaque conjoint. C'est au principe de l'indivisibilité du compte courant qu'il faut se référer (et la jurisprudence elle-même s'y réfère) pour comprendre que la faillite de la communauté, contre-coup de celle du mari, n'empêche pas la femme de balancer les récompenses

(352) V. sur cette explication de la personnalité morale par la notion de fiction, l'examen critique de M. J. Bonnet, *Supplément*, IV, nos 69-97.

(353) Comp. Baudry-Lacantinerie, *Le Courtois et Surville*, II, n° 1083.

(354) Cass. civ., 3 mars 1891, S., 92. 1. 190; D., 91. 1. 249; sur renvoi, Besançon, 22 juill. 1891 (S., 94. 2. 114; D., 92. 2. 413); Req., 28 janv. 1902 (S., 1903. 1. 397, motifs sur la 2^e branche du 2^e moyen).

qu'elle doit par les reprises qui lui sont dues. Or, en quoi cela exclut-il l'idée d'être moral? Le compte courant est un contrat, qui requiert chez les deux parties, c'est-à-dire chez la communauté aussi bien que chez l'époux, la nature juridique de sujet de droit.

B. — REFUTATION D'UNE TENTATIVE DE DIVERSION : COMMUNAUTE CONJUGALE ET INDIVIDUALITE COMPTABLE

L'étude de la balance des récompenses, au regard de la notion de sujet de droit, conduit, tout naturellement, à réfuter une tentative de diversion, susceptible de jeter le trouble dans la théorie de la communauté-personne morale. En effet, la liquidation du fonds commun met en œuvre une telle complexité de comptes qu'une espèce de griserie arithmétique s'est emparée de certains esprits et qu'on en est arrivé à concevoir la communauté conjugale, non plus comme partie contractante à des comptes courants entretenus avec les époux, mais bel et bien comme le compte courant lui-même devenu régime matrimonial. Dans cette conception, la communauté ne serait qu'une centralisation des comptes réciproques des époux ou, en d'autres termes, une individualité comptable. On n'entend pas, d'ailleurs, se mettre par là en opposition absolue avec l'idée de personnalité : d'aucuns n'ont-ils pas essayé d'ériger le compte courant en être moral? ⁽³⁵⁵⁾ et aujourd'hui, une opinion à la mode ne considère-t-elle pas que l'individualité comptable prend place, au même titre que la personnalité morale, bien qu'à un degré inférieur, sur l'échelle de l'existence institutionnelle ⁽³⁵⁶⁾. Le système de la communauté-individualité comptable, subconscient chez beaucoup d'auteurs, n'a pas encore fait l'objet de développements suivis;

(355) Dufour, *Essai d'une théorie juridique des comptes courants*, nos 185 et suiv. (*Revue de l'Académie de législation de Toulouse*, IX, p. 185 et suiv.

(356) Comp. Georges Renard, *L'institution juridique*, p. 243, 248, 249, textes et notes.

on en trouve, cependant, une affirmation nette sous la plume de M. Georges Renard : « Il y a certainement, écrit ce juriste, un parti à tirer de la théorie de l'institution pour l'explication de la communauté entre époux : elle n'est pas une simple copropriété (la copropriété est du droit individuel : il n'y a pas organisme, différenciation, but commun d'activité : d'où la précarité); elle n'est pas non plus une personne morale (ce qui du reste nous rejetterait sur l'explication institutionnelle), c'est la dotation du ménage (père, mère, enfants à venir), placée sous l'administration du chef de celui-ci; c'est de l'administration de la communauté que les civilistes entendent l'interdiction de déroger par contrat de mariage aux « pouvoirs » du mari comme chef » ... *une institution non de l'ordre de la personnalité et de la patrimonialité, mais de l'ordre de la comptabilité*... une fondation accessoire de cette fondation principale qu'est le mariage. » (357).

Au milieu de maintes vues justes, d'où se dégagerait du reste une impression plutôt favorable à la théorie de la communauté-personne morale, le fond de la doctrine de M. Renard attire une objection immédiate : ce n'est pas une différence de degré qui sépare « l'ordre de la personnalité » et « l'ordre de la comptabilité », c'est une différence de nature; sujet de droit et individualité comptable sont deux notions radicalement hétérogènes; la première est une notion juridique, la seconde ressortit exclusivement à la science de la comptabilité. De ce que tout sujet de droit est titulaire d'un ensemble comptabilisable de créances et de dettes, il est vraiment singulier de conclure qu'un groupement de comptes quelconque constitue un sujet de droit. C'est par un simple abus de symbolisme qu'on en est venu à prêter à des comptes l'essence d'un organisme vivant. Les comptes sont des choses, et rien de plus. Il suffit d'une

(357) G. Renard, *op. cit.*, p. 143, note 1.

feuille de papier pour faire naître une individualité comptable. La naissance d'une personne morale ne s'accommode pas de cet arbitraire : elle suppose l'apparition spontanée d'un intérêt collectif. Par là se découvre l'illusion du système examiné : il croit voir l'individualité de la communauté conjugale, non pas dans la notion d'intérêt, qui est la substance de toute individualité juridique, c'est-à-dire de tout sujet de droit, mais dans la notion d'individualité comptable, qui n'en est que le vain reflet sur le plan extra-juridique de la comptabilité.

C. — LA PERSONNALITE MORALE DE LA COMMUNAUTE ENTRE EPOUX

La raison déterminante de la personnification de la communauté conjugale, c'est l'existence, sous ce régime matrimonial comme sous les autres régimes, d'un intérêt collectif, *l'intérêt du ménage*, spécifiquement distinct des intérêts individuels des époux. Seule la notion de personnalité morale est apte à concrétiser et à mettre en œuvre cet intérêt; il n'y a rien à ajouter à la démonstration qui en a déjà été donnée, à propos des précédents types de société conjugale. D'autre part, l'élément psychologique de la personnalité morale ne soulève plus, pour nous, de difficultés : il est vraisemblable de supposer, chez les époux communs en biens, une claire conscience de l'intérêt du ménage qu'ils ont fondé. Enfin, la communauté contient un organisme destiné à concentrer les efforts des conjoints et l'utilisation des biens communs sur la réalisation du but commandé par l'intérêt collectif du ménage. Aux antipodes de l'anarchique indivision et de son principe d'unanimité, cet organisme, beaucoup plus nettement caractérisé que dans les autres régimes matrimoniaux, frappe les yeux par son essence unitaire et même monarchique. Cependant, si toute l'initiative est centralisée entre les mains du mari, pris comme chef (art. 1388), c'est-à-dire comme organe exclusif, cela ne concerne que l'activité générale de la per-

sonne morale; touchant une branche particulière d'activité, à savoir l'ensemble des actes domestiques, la femme, investie non d'un mandat tacite du mari, mais d'un pouvoir propre de représentation de la communauté, apparaît comme un organe secondaire du ménage personnifié.

Existence, conscience, organisation de l'intérêt collectif : telles sont les trois conditions nécessaires et suffisantes de la personnalité morale, et la communauté conjugale y satisfait. Des auteurs se montrent, néanmoins, plus exigeants. « La communauté conjugale, déclare, par exemple, M. Josserand, ne rayonne pas au dehors comme une société ordinaire; celui qui traite avec le mari, traite avec lui personnellement, et non pas *ès qualités*, en tant que représentant de l'association conjugale dont il ignore peut être l'existence; en fait, cette association, qui n'a pas de raison sociale, ne projette pas de personnalité au dehors » (358). Ainsi, à en croire M. Josserand, ce serait faute d'ostensibilité que la communauté entre époux ne constituerait pas une personne morale; elle tiendrait, en somme, de l'association en participation, qui, étant occulte, n'est pas personnifiée. A l'encontre de cette assertion, on notera, d'abord, que la communauté est soumise à la très large publicité des régimes matrimoniaux (L. 10 juill. 1850). Les tiers, qui nouent des relations juridiques avec l'un quelconque des conjoints, sont en mesure de savoir qu'il a derrière lui une société universelle, aux statuts parfaitement définis, et, dans la pratique, ils ne manquent pas de prendre en considération cette circonstance. Mais, objectera-t-on, chaque époux traite les affaires sociales en son nom personnel : c'est là que réside la négation de la personnalité morale. Nous estimons que l'objection vient d'un malentendu : en fait, selon l'usage, l'époux, dans la gestion de la communauté, agit en son

(358) Josserand, *Cours de droit civil*, III, n° 15 (d).

propre et privé nom, mais il *pourrait* tout aussi valablement agir ès qualités; cela ne serait pas contraire à la nature de la communauté conjugale, alors que cela est absolument interdit par la nature de l'association en participation⁽³⁵⁹⁾. D'autre part, dans une société personnifiée comme la société en nom collectif, il est admis que le gérant peut accomplir des opérations sociales sous sa signature personnelle; par là il engage efficacement la société⁽³⁶⁰⁾. En quoi le rayonnement extérieur d'une société commerciale où une telle faculté est utilisée est-il plus intense que celui de la communauté entre époux? L'objection s'amincit encore quand on serre le problème de près, en faisant une distinction entre les deux conjoints. En ce qui concerne la femme, il n'y a pas de doute : dans le secteur de gérance où elle a accès, la gérance domestique, elle effectue, sous la raison sociale que forme pour elle le nom du mari⁽³⁶¹⁾, des opérations dont le caractère social se détache nettement; les fournisseurs ne peuvent, en principe, s'y tromper; c'est au ménage personnifié dans la communauté, non à la femme seule, qu'ils font crédit. Du côté du mari, sans doute, il y a place pour l'équivoque : ainsi, comment reconnaître s'il contracte un emprunt pour ses besoins personnels ou pour la gestion générale de la communauté? Seulement, il faut considérer que la question intéresse beaucoup plus le mécanisme du passif que la personnalité de la communauté : dans les deux cas, la communauté sera pareillement obligée; pourquoi ? parce que l'époux est censé agir constamment sous la raison sociale. Sa qualité d'homme marié et commun en biens, rendue patente par la double publicité du mariage et du régime matrimonial, constitue pour lui une raison sociale, qui

(359) Paris, 27 janv. 1876 (S., 80. 2. 11).

(360) Lyon-Caen et Renault, II, n° 290.

(361) V. *supra*, p. 106.

assortit de plein droit tous ses engagements et en est même inséparable. Eu égard à ce fait, on dit souvent que la communauté s'absorbe dans la personne du mari; il serait au moins aussi vrai de dire que la personne du mari s'absorbe dans la communauté personnifiée.

Les motifs qui amènent M. Josserand à nier la personnalité morale de la communauté nous incitent seulement à déclarer que la communauté est investie d'une personnalité morale *atténuée* ⁽³⁶²⁾. Cette dernière expression a déjà été justifiée ⁽³⁶³⁾. Entre la vie privée et la vie sociale des époux associés, il ne peut pas y avoir, matériellement et psychologiquement, de frontières tranchées. Cette absence de frontières entraîne, sur le plan juridique, une certaine interpénétration des patrimoines personnels et du patrimoine social. Toutefois, il ne faut pas exagérer: la personnalité morale de la communauté présente, par rapport à celle des autres régimes matrimoniaux, un maximum de perfection, tenant à l'existence d'un fonds commun aux contours délimités. Une fois qu'on a repoussé des solutions de détail préconçues, une fois qu'on a tenu compte de notions juridiques fondamentales, qui doivent se combiner avec l'idée d'être moral, il s'en faut de bien peu de chose que le Droit commun de la personnalité morale des sociétés ne soit la traduction exacte du fonctionnement de la communauté entre époux. Plutôt que de personnalité morale atténuée, mieux vaudrait parler de *personnalité adaptée à sa raison d'être*. C'est ce que va faire apparaître le paragraphe suivant.

(362) Comp. Bonnecase. *Supplément au Traité de Baudry-Lacantinerie*, IV, n° 271.

(363) V. *supra*. n. 116 et suiv

§ 2. — *Le fonctionnement de la communauté conjugale dans ses rapports avec les notions de société et de personnalité morale.*

I. — Portée du sujet examiné dans le présent paragraphe.

Le sujet qui est traité dans le présent paragraphe est souvent présenté sous ce titre : les *intérêts pratiques* du problème de la nature juridique de la communauté. L'expression, sans être inexacte, a peut-être le tort de laisser croire à une séparation absolue entre la science et la pratique. Il vaut mieux dire que, du fait de l'adoption de telle ou telle conception touchant la nature juridique de la communauté, le fonctionnement du régime, aussi bien quant aux points sur lesquels on est depuis longtemps d'accord que quant à ceux qui font l'objet de controverses pendantes, apparaît avec une allure entièrement nouvelle. C'est, si l'on ose parler ainsi, comme un changement d'éclairage sur la scène.

D'autre part, la doctrine envisage surtout le point de vue de la personnalité morale. L'influence directe de la notion de société sur le fonctionnement de la communauté conjugale est, en général, peu étudiée. Lorsque les auteurs s'en occupent, c'est pour déclarer, avec Laurent (364), que, par suite de la classification du Code, on ne peut appliquer à la communauté les règles qui régissent la société en général (365). Laurent invoque même en ce sens un arrêt de la Cour de cassation de Belgique, l'arrêt Seutin, du 3 juillet 1846 (366), mais il est visible qu'il en force la signification : cet arrêt se borne à décider que les stipu-

(364) Laurent, XXI, n° 196.

(365) Comp. au contraire, les Codes civil italien (art. 1434) et espagnol (art. 1395).

(366) Cass. Belgique, 1^{re} Chambre, 3 juill. 1846 (*Pasicrisie*, 1847. 1. 16).

lations obscures d'un contrat de mariage doivent être interprétées comme créant, entre les époux, une communauté conjugale et non une société ordinaire⁽³⁶⁷⁾. On ne comprend pas, du reste, comment, si la communauté est une société, cela n'aurait aucune conséquence sur son fonctionnement. En réalité, dans maint et maint détail de ce fonctionnement, les notions de société et de personnalité morale interviennent d'une manière indivisible.

Enfin, l'énumération courante des intérêts pratiques du problème ferait supposer que ces intérêts pratiques sont fort peu de chose. Il suffit, pour s'en convaincre, de jeter les yeux sur le tableau dressé par Colmet de Santerre, tableau qui est parfois cité comme le modèle du genre⁽³⁶⁸⁾. La liste est tellement courte, surtout quand on a défalqué les points formellement réglés par des textes, que cet auteur a eu beau jeu pour soutenir, après d'autres, que la question de la nature juridique de la communauté était dépourvue d'importance. Nous pensons, au contraire, que l'on pourrait composer tout un traité de la communauté en se plaçant systématiquement sous l'angle des notions de société et de personnalité morale. Ici force est bien de se limiter à quelques développements essentiels, qui seront rassemblés sous trois chefs : l'administration — le mécanisme du passif — la liquidation. Mais il reste entendu que la nature juridique de la communauté conjugale offre d'autres « intérêts pratiques ». C'est ainsi, nous ne faisons

(367) « Attendu que le Code civil ayant tracé dans le titre 5 du 3^e livre des règles qui doivent régir l'association conjugale quant aux biens à défaut de conventions spéciales faites par les époux, on ne peut recourir, pour interpréter les stipulations d'un contrat de mariage, aux dispositions du titre 9, qui ne sont applicables qu'aux sociétés ordinaires. » Le procès roulait autour des pouvoirs d'administration du mari. Il ne s'agissait pas de savoir si la notion de société ne peut pas influencer l'interprétation du titre V, livre III, mais bien de déterminer s'il est loisible aux époux d'établir entre eux une société du type « communauté », soustraite à la règle apparemment impérative de l'art. 1421.

(368) Colmet de Santerre sur Demante, VI, n^o 18 bis. III et suiv.

que le signaler, que, la communauté étant une société investie de la personnalité, l'hypothèque légale qui appartient à la femme sur les biens du mari ne saurait frapper les conquêts qui sont dans le patrimoine de la personne morale, et cela pas plus dans le cas de renonciation que dans le cas d'acceptation, contrairement à la théorie jurisprudentielle, telle qu'elle résulte des arrêts Meyer, Adam et Montlaurent (369). C'est ainsi, pour la même cause, que l'hypothèque judiciaire, dérivant d'une condamnation prononcée contre le mari antérieurement au mariage, encore qu'elle assortisse une dette devenue commune, ne peut grever les conquêts avant la dissolution de la communauté (370).

(369) Meyer, Cass. civ., 8 nov. 1813, S., 20. 1. 120; Adam, Cass. civ., 9 nov 1819, S., 20. 1. 119; Montlaurent, Cass. civ., 26 janv. 1876, S., 76. 1. 241, note Labbé. — L'arrêt Mandron (Req., 16 févr. 1841, S., 41. 1. 551) complète la théorie jurisprudentielle, en déniaut à la femme l'exercice de l'hypothèque légale sur les conquêts en cas d'acceptation de la communauté. — La solution admise par nous supprime ces distinctions, qui, chez la plupart des auteurs, s'enrichissent, du reste, de sous-distinctions. Défendue par Troplong (III, n° 1646), en conformité de sa conception de la communauté personne morale, elle a été reprise de nos jours par M. Bonnecase (*Supplément au Traité de Baudry-Lacantinerie*, IV, n°s 219-223 et 273, où est parfaitement mise en lumière la position du problème par rapport à la nature juridique de la communauté).

(370) Cette question, moins fameuse que la précédente, n'est pas sans lien avec elle (Comp. Bertauld, *De l'hypothèque légale des femmes mariées sur les conquêts de la communauté*, 2^e éd., n°s 56 et suiv.). On la résout d'ordinaire ainsi : l'hypothèque dont il s'agit frappe la totalité des conquêts durant la communauté; après la dissolution, elle se restreint aux conquêts mis au lot du mari. Ici comme dans les arrêts Adam et Montlaurent, l'influence de Toullier se fait sentir. C'est, au contraire, sous l'influence de la théorie de l'indivision que M. Planiol (*Traité élémentaire*; II, n° 2867 en note) propose de limiter l'hypothèque, durant la communauté, à la part indivise du mari dans les conquêts. Pour nous, la nature juridique de la communauté impose une solution radicalement négative. Quel que soit le rapport qui unit l'hypothèque à la dette, l'hypothèque judiciaire antérieure au mariage ne peut frapper que les biens de l'époux; or les conquêts n'appartiennent pas, même pour moitié, à l'époux, mais à la personne morale qu'est la communauté.

II. — L'administration de la communauté conjugale.

La section II du chapitre II du titre du Contrat de mariage est intitulée : De l'administration de la communauté; l'article 1421 déclare que le mari administre seul les biens de la communauté. On pourrait en déduire que les pouvoirs du mari sur les biens communs répondent à la notion d'acte d'administration. Selon une formule de M. Bonnecase, l'acte d'administration, qui s'oppose à la fois à l'acte conservatoire et à l'acte de disposition, est un acte juridique concernant un bien individualisé ou un patrimoine de famille considéré dans ses éléments concrets, et tendant soit à la mise en valeur de l'élément-capital de ce patrimoine, par définition essentiellement stable, soit à l'appropriation ou à l'utilisation des revenus provenant de cette mise en valeur, *sans que l'existence au sein du patrimoine, l'individualité ou la valeur dudit élément-capital soient en rien compromises* ⁽³⁷¹⁾. Or, contrairement à cette définition, il résulte de la suite de l'article 1421, ainsi que de l'article 1422, que le mari peut accomplir les aliénations de capital les plus caractérisées, puisqu'il lui est même permis de faire des donations entre vifs sous certaines conditions. La difficulté n'est pas pourtant irréductible. On en a donné une explication probante ⁽³⁷²⁾ : le mari est en principe administrateur, avec l'extension que comporte la notion d'acte d'administration; puis la loi lui accorde, à titre exceptionnel, le droit de faire des actes de disposition définis, strictement contenus dans les limites des textes. Une autre interprétation est concevable. Le patrimoine de la communauté conjugale n'est pas un

(371) Bonnecase, *Supplément au Traité de Baudry-Lacantinerie*, III, n° 343.

(372) Trasbot, *L'acte d'administration en droit privé français*, thèse Bordeaux, 1921, p. 27 et 149.

patrimoine de famille, figé quant à l'élément-capital, mais, comme c'est le cas pour les sociétés ordinaires, spécialement pour les sociétés commerciales, un patrimoine de spéculation, dont les divers éléments sont considérés moins dans leur individualité que dans leur valeur ⁽³⁷³⁾. Dès lors, c'est la notion d'acte de gestion, et non pas la notion d'acte d'administration *stricto sensu*, qui doit qualifier les pouvoirs du mari. Sans doute l'acte de gestion est-il, à la rigueur, un acte d'administration au sens large (ce qui légitime le langage de l'article 1421), mais il va jusqu'à permettre des aliénations dans la mesure où elles sont commandées par l'objectif de spéculation que poursuit, par exemple, la société. Les pouvoirs du mari dépassent certes le cadre de l'acte de gestion, puisqu'ils s'étendent aux ventes d'immeubles et aux constitutions d'hypothèques, qui sont interdites, en règle, même aux gérants des sociétés commerciales ⁽³⁷⁴⁾. On est fondé à souhaiter, en législation, qu'une réforme vienne rendre le consentement de la femme nécessaire pour les opérations les plus graves. Cependant, sous peine de briser l'économie du régime matrimonial, on ne pourra rien changer à ce fait essentiel que la communauté, tranchant sur les autres types de société conjugale en ce qu'elle tend à un objectif d'enrichissement et non pas seulement à la réalisation de bénéfices négatifs, postulera toujours la promptitude et la hardiesse dans la gérance.

Si larges que soient les pouvoirs du mari en Droit positif, on décide que la validité de leur exercice est subordonnée à l'absence de fraude ⁽³⁷⁵⁾. Seulement les raisons que l'on en donne tombent à côté de la question. Il est fait

(373) Bonnetcase, *op. cit.*, III, nos 336 et suiv. pour la triple distinction du patrimoine de famille, du patrimoine de spéculation et du patrimoine de liquidation.

(374) Lyon-Caen et Renault, *Traité*, II, n° 260.

(375) V. par ex. Planiol, *Traité élémentaire*, III, n° 1022, et Req. 27 janv. 1930 (D. H., 1930, 113).

d'abord appel à l'article 1167; mais l'action paulienne supposerait que la femme fût créancière du mari, ce qui n'est pas le cas. L'article 243, dit-on, énonce une application particulière du principe général en annulant, lorsqu'elles ont été consenties pendant l'instance en divorce en fraude des droits de la femme, toutes les obligations contractées par le mari à la charge de la communauté et toutes les aliénations faites par lui des immeubles qui en dépendent; mais pourquoi l'article 243 ne serait-il pas une disposition exceptionnelle? On jette ensuite dans le débat la maxime « *Fraus omnia corrumpit* », comme si un brocard, venu on ne sait d'où, pouvait avoir force de loi. Finalement, M. Véron, qui a consacré une monographie entière au problème, est obligé de se rabattre sur la tradition, représentée notamment par l'article 225 de la Coutume de Paris, où le cas de fraude était réservé en termes formels (376). Seulement, le Code n'a pas reproduit ce passage de la Coutume, et son silence pourrait très bien s'interpréter comme une condamnation de la solution antérieure. En réalité, selon nous, la loi a expressément prévu la question, mais c'est, une fois de plus, au titre du contrat de société (377), art. 1856 : L'associé chargé de l'administration par une clause spéciale du contrat de société peut faire, nonobstant l'opposition des autres associés, tous les actes qui dépendent de son administration, *pourvu que ce soit sans fraude*. C'est à cet article 1856 qu'il aurait été facile à M. Véron de se référer s'il n'avait pas commencé par nier que la communauté conjugale fût une société (378).

On doit décider de même que, en dehors du cas de fraude,

(376) Véron, *Les actes accomplis par le mari sur la communauté en fraude des droits de la femme*, thèse Paris, 1924, p. 123-136.

(377) Comp., très voisines, les conclusions de Mlle Béquignon, note au S., 1929. 2. 97, sous Paris, 24 juill. 1928.

(378) Véron, *op. cit.*, p. 59-62.

le mari, comme tout administrateur de société, est responsable de ses fautes de gestion ⁽³⁷⁹⁾. Pour écarter ici l'application de l'art. 1382 et du principe de la responsabilité délictuelle, qui dominent les textes sanctionnant une responsabilité contractuelle en matière de société (art. 1850) et de mandat (art. 1992) ⁽³⁸⁰⁾, il faudrait une disposition formelle qui n'existe point. Et pourtant le souvenir historique du mari seigneur et maître demeure tellement vivace que l'opinion la plus répandue est en sens contraire. C'est d'une manière tout à fait exceptionnelle, sous le couvert d'une instance en divorce ou en séparation de corps, que la jurisprudence oblige l'époux à rendre des comptes, et encore ne lui demande-t-elle de prouver que la matérialité, non l'opportunité de ses opérations ⁽³⁸¹⁾. On conçoit sans doute que l'exigence d'un compte détaillé d'administration se heurterait à des difficultés inextricables, surtout au cas de prédécès du mari. Mais de là à proclamer l'irresponsabilité du gérant de la société conjugale, à violer une règle aussi essentielle que celle de l'article 1382, il y a un abîme. Le mari ne doit user de ses pouvoirs considérables que pour le bien de la communauté. Sinon, il manque à une obligation légale, qui découle de la nature juridique du régime. On peut bien atténuer sa responsabilité (et, dans les sociétés ordinaires, les tribunaux se reconnaissent, à ce sujet, un large pouvoir d'appréciation) en considérant qu'il n'est pas un administrateur salarié et que, d'autre part, des rapports d'intimité personnelle

(379) En ce sens, Cubain, *Traité des droits des femmes*, n° 197.

(380) Comp. sur les rapports de la responsabilité délictuelle et de la responsabilité contractuelle, Bonnecase, *Supplément au Traité de Baudry-Lacantinerie*, II, n°s 452 et suiv.

(381) La base de cette distinction se trouve nettement posée dans un jugement du tribunal civil de Versailles du 11 février 1869, confirmé, le 19 mai 1870, par la Cour de Paris (D., 71. 2. 40). La distinction a été sanctionnée par la Cour de cassation (Civ., 7 janv. 1890, D., 91. 1. 256). — Comp. Bordeaux, 16 avril 1896, D., 99 2. 385.

l'unissent à son associée. Le principe de cette responsabilité n'en est pas moins indiscutable. Une hypothèse particulière a, d'ailleurs, été prévue par la loi dans l'article 1437 : « ... Toutes les fois que l'un des deux époux a tiré un *profit personnel* des biens de la communauté, il en doit la récompense. » Cet article nous paraît viser une question de responsabilité des associés envers la société conjugale. Il n'est parfaitement compréhensible que si on le rapproche de l'article 1846 : « ... (L'associé devient, de plein droit et sans demande, débiteur des intérêts) à l'égard des sommes qu'il a prises dans la caisse sociale, à compter du jour où il les en a tirées pour son *profit particulier*; le tout sans préjudice de plus amples dommages-intérêts, s'il y a lieu » (382). Mais l'opinion dominante, isolant le titre « du Contrat de mariage » du reste du Code civil, interprète l'article 1437 en vase clos et aboutit de la sorte à le mettre en contradiction avec la nature juridique de la communauté conjugale. D'abord, on affirme que le conjoint qui a profité des valeurs communes est à l'abri tant qu'il n'est pas démontré que ces valeurs ont été employées à son avantage (383). Or, si cela est exact à l'égard de la femme, la présomption inverse devrait être admise à l'encontre du mari, comme elle est admise, sur l'article 1846, à l'encontre du gérant de n'importe quelle société (384). Ensuite, chose plus grave, on

(382) Le parallélisme des deux dispositions est évident, puisque les indemnités dues par les époux à la communauté emportent aussi les intérêts de plein droit du jour de la dissolution de la communauté (art. 1473). Sans doute le point de départ du cours des intérêts n'est-il pas le même, mais la différence se comprend : les intérêts des dettes des conjoints étant à la charge de la communauté (art. 1409-3^o), la créance de la communauté contre l'un des époux reste forcément stérile jusqu'au jour de la dissolution. Dans les sociétés universelles, on a proposé d'entendre l'article 1846 avec cette adaptation (Guillouard, *Société*, n^o 202).

(383) V. par ex. Req., 14 avril 1893, D., 93. 1. 330; Req., 22 oct. 1902, D., 1902. 1. 515.

(384) Pont, *Sociétés*, I, n^o 323; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Société*, n^o 194 (et les références).

prétend que l'indemnité n'est due qu'autant que l'époux débiteur s'est enrichi et dans la mesure de son enrichissement⁽³⁸⁵⁾. Ce dogme, né d'une fidélité aveugle à Pothier⁽³⁸⁶⁾, se prolonge aujourd'hui en vertu de cette idée fausse que les récompenses ne sont qu'une application spéciale de la théorie de l'enrichissement sans cause⁽³⁸⁷⁾. Pour nous, le mot « profit » a un sens identique dans l'article 1437 et dans l'article 1846⁽³⁸⁸⁾ : dans les deux cas, l'associé doit, au minimum, rembourser à la caisse sociale le montant intégral de ce qu'il y a puisé.

Afin d'en terminer avec l'administration de la communauté, il convient d'examiner une question pour laquelle, au milieu du XIX^e siècle, le monde juridique se passionna : celle de savoir si le concours de la femme commune en biens peut valider les donations interdites au mari par l'article 1422⁽³⁸⁹⁾. En 1850, la Cour de cassation admit l'affirmative par l'arrêt Watrin⁽³⁹⁰⁾. Cette solution préjugerait-elle, comme d'aucuns le soutiennent, de la nature juridique de la communauté conjugale ? Il est certain que, dans le système de Toullier, le consentement de la femme ne pourrait avoir d'effet. Mais on déclare qu'il en est

(385) Planiol, *Traité élémentaire*, III, n° 1293.

(386) Pothier, *Communauté*, n° 613.

(387) En ce sens Planiol, Ripert et Nast, I, n° 448; Josserand, *Cours de droit civil positif*, III, n° 288. — V., au contraire, sur l'incompatibilité fondamentale de la notion d'enrichissement sans cause avec l'existence d'un texte de loi, Bonnecase, *Supplément au Traité de Baudry-Lacantinerie*, III, n° 152.

(388) Les auteurs s'accordent à décider, sur l'article 1846, que le profit variable retiré par l'associé n'influence pas le montant de l'indemnité par lui due (Pont, *Sociétés*, n° 324; Laurent, XXVI, n° 238; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Société*, n° 192).

(389) L'affirmative est défendue, en doctrine, par Troplong, II, n°s 203-206; Aubry et Rau, VIII, § 509, texte et note 14; Demolombe, XXIII, n° 83; Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, III, n° 674 (et les références) et combattue par Marcadé sur l'article 1422, n° 2; Rodière et Pont, II, n° 879, et surtout Laurent, XXII, n° 21.

(390) Req., 5 févr. 1850, S., 50. I. 337; D., 50. I. 97. L'arrêt Watrin est le point de départ d'une jurisprudence très ferme, rapportée chez Baudry-Lacantinerie, *loc. cit.*

de même dans la doctrine de la personnalité morale⁽³⁹¹⁾; et les partisans de la *Gesammte Hand* voient justement le principal intérêt pratique de leur théorie dans l'explication de la jurisprudence inaugurée par l'arrêt Watrin : l'action en main commune des époux apparaîtrait là en plein jour⁽³⁹²⁾. D'après nous, la solution jurisprudentielle se concilie parfaitement avec les notions de société et de personnalité morale. C'est un point hors de doute que, dans toute société, les divers actes interdits à l'administrateur peuvent être autorisés par l'unanimité des associés⁽³⁹³⁾. Cette nécessité d'un consentement unanime se rattache si peu à la *Gesammte Hand* qu'elle reparait, pour les décisions les plus graves, dans les sociétés anonymes, dont la personnalité morale est incontestée⁽³⁹⁴⁾.

III. — Le mécanisme du passif.

On parle couramment de passif définitif et de passif provisoire de la communauté, en traduisant par là la distinction bien connue de la contribution et de l'obligation aux dettes. Ces expressions n'ont rien d'inexact, et elles révèlent parfaitement l'un des aspects caractéristiques de chaque catégorie de passif. Cependant, eu égard à la nature juridique de la communauté, il est préférable de parler de *passif commun social* et de *passif commun extrasocial*. Si l'on considère, en effet, le texte fondamental de l'article 1409, on constate qu'il est possible de distinguer, en quelque sorte, dans son énumération, plusieurs couches

(391) Colmet de Santerre sur Demante, VI, n° 18 bis-IX.

(392) Masse, *op. cit.*, p. 63 et 470.

(393) Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Société*, n° 308.

(394) Il en est ainsi quand il s'agit de changer la nationalité de la société ou d'augmenter les engagements des actionnaires (Loi du 22 novembre 1913, modifiant l'article 31 de la loi du 24 juillet 1867). Avant 1913, la jurisprudence exigeait l'unanimité toutes les fois que les « bases essentielles » de la société étaient intéressées. Comp. Michoud, *Théorie de la personnalité morale*, II, n° 117.

concentriques de passif. Le noyau est constitué par les dettes relatives aux aliments des époux, à l'éducation et à l'entretien des enfants, et à toute autre charge du mariage (art. 1409-5°). C'est là, si l'on peut dire, le *passif social irréductible*, celui qui se retrouve dans tous les types de société conjugale, même dans le plus rudimentaire, la séparation de biens. Seulement, à la différence de la séparation de biens, la communauté implique la permanence d'apports en jouissance dans le patrimoine du ménage personnifié; et cette jouissance s'accompagne de charges, qui viennent se grouper autour du passif primordial : ce sont les réparations usufruituaires des immeubles propres et les intérêts des dettes personnelles (art. 1409-4° et 3°). En outre, à la différence de tous les autres régimes, la communauté comporte essentiellement les acquêts. Or les acquêts sont une source de dettes, moins par les frais qu'ils occasionnent, une fois acquis, que par les spéculations que nécessite le but final d'enrichissement du fonds commun. C'est là, spécial à ce type de société conjugale, un élément considérable de passif. Enfin, la communauté, recevant la propriété de certains biens des époux, supporte, suivant une corrélation dont la logique est parfois contestable, une part de leurs dettes (art. 1409-1°). C'est une quatrième zone de passif, s'éloignant beaucoup de l'objet fondamental de la société conjugale, mais présentant toujours une caractère social. Tout le passif que nous avons envisagé jusqu'ici est un passif social, incombant définitivement, sans recours possible, à la personne morale⁽³⁹⁵⁾. Rationnellement, on

(395) On adresse souvent à l'article 1409 (V. par ex. Planiol, *Traité élémentaire*, III, n° 1124) le reproche d'énumérer, sous les nos 4 et 5, des catégories de dettes qui font double emploi avec les catégories précédentes. En réalité, cette rédaction vise à mettre en relief ce que l'on a appelé avec raison (Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, I, n° 488) le passif essentiel de la communauté. Cela se marquait davantage encore dans l'article 22 du projet de l'an VIII, où le passif essentiel venait en tête de l'énumération : « La communauté se compose passivement : 1° de

concevrait qu'il n'y eût pas d'autre passif commun que celui-ci. En fait, la communauté est tenue, à l'égard des tiers, de dettes qui ne concernent que l'intérêt individuel de l'un ou de l'autre conjoint, sauf à être indemnisée, lors de la liquidation, au moyen de récompenses. Telle est la condition, par exemple, des dettes antérieures au mariage et relatives à des propres, des dettes contractées par le mari (ou par la femme avec l'autorisation du mari) ⁽³⁹⁶⁾ pour une cause étrangère à l'objet de la communauté conjugale. Tout le passif, en un mot, qui ne tombe en communauté qu'à charge de récompense, forme le passif commun extrasocial, dont l'existence tient à une double raison.

1° Dans les sociétés ordinaires, la personne morale est obligée lorsque le gérant use de la signature sociale pour ses besoins personnels ⁽³⁹⁷⁾. En ce sens, il est vrai de dire qu'une société quelconque peut être grevée d'un passif extrasocial. Dans la communauté, le mariage supposant la confiance, le mari est réputé agir en tout sous la raison sociale. En réalité, il détournera souvent cette raison sociale en vue de son intérêt particulier. La communauté n'en sera pas moins valablement engagée envers les créanciers ⁽³⁹⁸⁾. Seulement, si elle paie, elle sera en droit de se

toutes les dépenses relatives au mariage; 2° de l'éducation et entretien des enfants; 3° des réparations usufructuaires de tous les immeubles qui n'entrent point en communauté; 4° de l'acquit de tous les arrérages et intérêts de rentes et dettes passives, tant de celles de la communauté que de celles personnelles aux époux; 5° des capitaux des dettes contractées par le mari pendant la communauté. »

(396) Dans les deux hypothèses où l'autorisation de justice suffit à la femme pour obliger la communauté (art. 1427), il s'agit de passif strictement social.

(397) Cela se conçoit surtout pour les sociétés commerciales, spécialement pour la société en nom collectif; mais on applique la même solution aux sociétés civiles (Baudry-Lacantinerie et Wahl, n° 343).

(398) De même que pour les sociétés ordinaires, on doit logiquement réserver la mauvaise foi des créanciers. Mais, comme cette mauvaise foi ne résulte pas suffisamment de la nature personnelle de la dette du gérant (Lyon-Caen et Renault, *Traité*, II, n° 292), elle n'est guère concevable en dehors d'un véritable concert frauduleux, et elle s'absorbera, par conséquent, dans la fraude du mari.

faire dédommager par le mari. La théorie des récompenses, ici encore, apparaît comme la sanction de la responsabilité de l'administrateur (399).

2° Selon une remarque très judicieuse de Baudry-Lacantinerie (400), la communauté est en quelque sorte le banquier de chaque époux. C'est la différence essentielle qui, en concordance avec l'existence d'un fonds commun, sépare la communauté des autres types de société conjugale. La communauté ne se limite pas, dans son objet, à fournir et à utiliser des deniers pour l'entretien du ménage et l'éducation des enfants, ainsi que c'est le cas des autres régimes matrimoniaux. Elle assure, en outre, le service de caisse de chaque conjoint; elle reçoit et elle débourse pour son compte. Ce rôle normal de trésorerie a pour résultat de la constituer créancière ou débitrice. L'équilibre, provisoirement rompu, est destiné à se rétablir, après la dissolution, par le jeu des récompenses.

Une fois posée la distinction du passif commun social et du passif commun extrasocial, on est conduit à soumettre à un examen critique, sous l'angle de la nature juridique de la communauté, une maxime, que l'on présente comme planant sur cette matière : *Toute dette de communauté est dette du mari; toute dette du mari est dette de communauté* (401). Les auteurs fondent la maxime sur la confusion qui se produirait entre le patrimoine du mari et celui de la communauté. Mais la question est justement de savoir si ce ne sont pas les auteurs eux-

(399) Il n'y a pas de difficulté ici pour le montant de la récompense. Il en reste une, au contraire, pour la question de la preuve. La jurisprudence, suivant son système, décide que les dettes contractées par le mari (notamment les emprunts) sont présumées avoir servi aux besoins du ménage, s'il n'est prouvé qu'elles ont tourné au profit personnel de l'un des époux (Cass. civ., 19 juill. 1864, D., 63. 1. 66; Cass. civ., 19 janv. 1886, D., 87. 1. 70; Cass. civ., 7 janv. 1890, D., 91. 1. 256; Req., 22 oct. 1902, D., 1902. 1. 515. — Comp. Aubry et Rau, VIII, § 509, *in fine*).

(400) Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, I, n° 805.

(401) V. par ex. Planiol, *Traité élémentaire*, III, n°s 1072-1073.

mêmes qui ont créé ou, tout au moins, aggravé cette confusion.

Que toute dette de communauté soit dette du mari, nous l'admettons volontiers, quoique sans texte formel, mais ce n'est pas pour la raison généralement invoquée. C'est la nature juridique du régime qui conduit à cette solution. On sait que la communauté, par sa structure, se rapproche de la société en commandite. Or, dans la commandite, le gérant est tenu personnellement des dettes sociales. C'est au même titre que le mari, durant la communauté, est personnellement tenu de tout le passif commun. La prétendue confusion des deux patrimoines n'a rien à démêler avec cela.

Quant à la seconde proposition : toute dette du mari est dette de communauté, nous la repoussons résolument. Le Code civil a décidé que certaines dettes du mari, bien qu'offrant un caractère extrasocial, pourraient être poursuivies contre la société conjugale. L'interprète doit s'incliner devant une telle décision et ne pas aller plus loin. Les obligations du mari qui ne tombent pas en communauté sont, d'ailleurs, relativement rares. En dehors des dettes grevant une succession purement immobilière, pour lesquelles le problème est expressément tranché, dans le sens de la maxime, par l'article 1412, texte rigoureusement exceptionnel selon nous, en dehors, aussi, des fantomatiques dettes immobilières, il s'agit principalement des dettes antérieures au mariage dans le cas d'une clause de séparation de dettes ⁽⁴⁰²⁾. On peut concentrer la discussion sur l'article 1510, quitte à négliger l'argumentation exégétique qu'il a suscitée, et que la loi du 29 avril 1924 a rendue caduque. Il est certain que, malgré la convention

(402) Il en est de même, bien entendu, dans le cas de communauté réduite aux acquêts; puisque la séparation de dettes est l'un des éléments de cette convention.

de séparation de dettes, les créanciers de l'un et de l'autre époux peuvent toujours saisir le mobilier entré en communauté du chef de leur débiteur, solution qui, remarquons-le, n'est pas en contradiction avec la personnalité morale de la communauté conjugale (403). Mais ont-ils action sur la communauté elle-même? A l'égard des créanciers de la femme, la négative est incontestable. A l'égard des créanciers du mari, beaucoup d'auteurs admettent l'affirmative, et leur opinion a finalement entraîné la Cour d'appel d'Amiens dans l'arrêt Houdent du 30 mars 1926 (404). On prétexte que le mari, pouvant aliéner les

(403) De droit commun, disent les adversaires de la personnalité morale de la communauté, les créanciers chirographaires doivent respecter les aliénations non frauduleuses de leur débiteur; c'est donc qu'il n'y a pas ici aliénation du mobilier au profit d'une personne morale distincte des époux et propriétaire des biens communs. Seulement cela ne serait exact que si le créancier chirographaire était un ayant cause, à titre universel. Or nous savons déjà qu'il est un ayant cause à titre particulier, en contact direct avec tel ou tel bien concret de son débiteur et investi, en certains cas, de prérogatives rappelant le droit de suite. Nous le constatons à propos de l'article 1510 : les créanciers personnels de l'un des conjoints peuvent saisir les meubles dont il a fait apport à la société conjugale. La situation n'a rien d'extraordinaire aujourd'hui : les sociétés commerciales sont certainement des personnes morales, et pourtant le fonds de commerce apporté à une société de ce genre peut être poursuivi par les créanciers personnels de l'apporteur. La loi du 17 mars 1909, modifiée par la loi du 31 juillet 1913, parle d'elle-même : Art. 3 : « Toute vente ou cession de fonds de commerce, consentie même sous condition ou sous la forme d'un autre contrat, ainsi que toute mise en société... sera, dans la quinzaine de sa date, publiée à la diligence de l'acquéreur... » Art. 7 : « Dans la quinzaine de la publication de l'acte de société contenant apport d'un fonds de commerce, tout créancier non inscrit de l'associé qui a fait l'apport fera connaître au greffe du tribunal de commerce où le dépôt de l'acte a eu lieu sa qualité de créancier et la somme qui lui est due... A défaut par les coassociés, ou l'un d'eux, de former dans la quinzaine suivante une demande en annulation de la société ou de l'apport, ou si l'annulation n'en est pas prononcée, la société est tenue solidairement avec le débiteur principal au paiement du passif déclaré dans le délai ci-dessus et justifié. » Comp. Vavasseur (7^e éd.), I, n^{os} 407-408.

(404) Amiens, 30 mars 1926 (D. H., 1926, 386) : ... Il est de doctrine et de jurisprudence constante, lit-on dans cet arrêt, que cette clause reste sans effet pendant la communauté vis-à-vis des créanciers antérieurs du mari qui ont action sur tous les biens de la communauté, ces biens étant censés vis-à-vis d'eux faire partie du patrimoine dudit mari. — Dans

biens communs, serait en droit de les donner en paiement à ses créanciers personnels. Seulement, autre chose est la dation en paiement, autre chose la saisie : sous le régime dotal, on n'hésite pas à reconnaître que, bien que le mari puisse disposer de la dot mobilière, ses créanciers ne peuvent pas la saisir ⁽⁴⁰⁵⁾. En réalité, le système de l'arrêt Houdent n'est compatible qu'avec la doctrine de Toullier. Si la communauté conjugale est une société personnifiée, le rejet de l'adage : Toute dette du mari est dette de communauté, s'impose avec la force de l'évidence.

Lorsque la femme contracte avec l'autorisation de son conjoint, elle donne action à ses créanciers sur son propre patrimoine, sur celui de la communauté et sur celui du mari. Notons qu'il s'agira presque toujours, en l'espèce, de dettes extrasociales : quand l'épouse agit dans l'intérêt du ménage, c'est en vertu de son pouvoir domestique, et elle oblige alors la communauté sans s'obliger elle-même. Quel est le fondement de l'obligation du mari dans l'article 1419 ? Est-il tenu à raison de la confusion qui soude son patrimoine à la communauté, ou est-il tenu directement d'une obligation personnelle par dérogation à la règle : *Qui auctor est, non se obligat* ? On calque, d'ordinaire, sur ce dilemme l'alternative suivante : la dette tombe-t-elle en communauté du chef de la femme ou du chef du mari ? Il existe là-dessus une controverse classique, qui a le tort de se dérouler sans tenir compte de la nature juridique de la communauté conjugale ⁽⁴⁰⁶⁾. Pour nous, il

le même sens : Duranton, XV, n° 110; Aubry et Rau, VIII, § 526, texte et note 11; Guillouard, III, n° 1589; Planiol, *Traité élémentaire*, III, n° 1133. En sens contraire : Troplong, III, n° 2042; Rodière et Pont, III, n° 1469; Laurent, XXIII, n° 308; Colmet de Santerre sur Demante, VI, n° 176 bis, IV.

(405) Comp. Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, III, n° 1829.

(406) En faveur de la première opinion : Laurent, XXI, n° 429; Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, I, n° 592; Lyon-Caen et Renault, *Traité*, VII, n° 623; Lacour et Bouteron, *Précis de droit commercial*, I, n° 119. — En faveur de la seconde opinion : Aubry et Rau, VIII, § 520, note 2; Demolombe, IV, n° 310; Guillouard, II, n° 845.

est admissible que l'obligation tombe en communauté du chef de la femme, qui l'a contractée. Le mari n'en est pas moins obligé *personnellement* ⁽⁴⁰⁷⁾, non pas en vertu d'une exception au principe que celui qui autorise ne s'oblige pas, mais tout simplement parce qu'il est soumis, en tant qu'associé, à la responsabilité personnelle des dettes de la société. La prétendue confusion des deux patrimoines est donc encore ici hors de cause. C'est en ce sens que la jurisprudence se prononce. Elle va même plus loin, et ses tendances sont très remarquables au point de vue de la notion de société. En mettant une obligation à la charge de la communauté, la femme sort de son rôle inactif de commanditaire. Elle est responsable des suites de son immixtion et, dans cette mesure, la commandite se transforme en société en nom collectif; une conséquence en résulte : la solidarité des associés (art. 28 C. com.). On peut considérer, à un autre point de vue, que l'autorisation du mari-gérant a pour effet de donner à l'obligation de l'épouse l'aval de la communauté en tant que société coopérative de crédit : rien n'est plus conforme à la nature de la société coopérative de crédit que la responsabilité solidaire des membres ⁽⁴⁰⁸⁾. La Cour de cassation, s'inspirant de ces considérations, a décidé, par la série des arrêts Corpet (23 avril 1888) ⁽⁴⁰⁹⁾, Jalabert (16 juillet 1902) ⁽⁴¹⁰⁾ et

(407) En conséquence, le mari demeurera tenu pour le tout même après la dissolution de la communauté, et il ne profitera pas d'une remise concordataire consentie à la femme commerçante. Dans l'hypothèse inverse, puisque c'est l'épouse qui, selon notre interprétation de l'article 1419, oblige directement la communauté conjugale, ses créanciers pourront, de son chef, nonobstant la remise de dette accordée au mari, poursuivre le solde de leur créance sur les biens communs : en ce sens, v. l'arrêt Exbrayat (Lyon, 23 juill. 1858, S., 59. 2. 615), fondé sur la personnalité morale de la communauté. — *Contra* Paris, 24 janv. 1835 (S., 35. 2. 81). — Comp. Aubry et Rau, VIII, § 509, note 42.

(408) Toutefois, la législation française sur la coopération de crédit n'impose pas le principe de la solidarité (V. par ex. loi du 13 mars 1917, sur les sociétés de caution mutuelle, art. 2-2°).

(409) Cass. civ., 23 avril 1888 (S., 89. 1. 25; D. 89. 1. 233).

(410) Cass. civ., 16 juill. 1902 (S., 1903. 1. 22; D., 1903. 1. 401, note Capi-

Frey (27 juin 1922) ⁽⁴¹¹⁾, que l'obligation des conjoints, telle que l'organise l'article 1419, offre le caractère technique d'une obligation solidaire. Les auteurs ne laissent pas de critiquer la solution jurisprudentielle, qu'ils estiment contraire à l'article 1202 comme à l'article 1487 : la solidarité ne saurait être établie entre les époux que par une stipulation expresse; tout au plus pourrait-on sous-entendre, dans l'article 1419, l'existence d'une obligation *in solidum* ⁽⁴¹²⁾. Mais, en réalité, la Cour de cassation a jugé excellemment. Ainsi que le constate M. Capitant sous l'arrêt Jalabert, « il y a bien entre les conjoints cette communauté d'intérêts qui se rencontre dans les cas types de la solidarité, ceux où il y a solidarité volontaire de plusieurs débiteurs cherchant dans l'adoption de cette modalité une source de crédit ». On en revient toujours à la notion de société.

On en connaît maintenant assez, touchant le mécanisme du passif, pour apprécier à sa juste valeur, qui est nulle, l'argument que les auteurs ressassent depuis Poullain-Duparc et Lebrun ⁽⁴¹³⁾, et sous lequel ils prétendent écraser la théorie de la communauté-personne morale : durant le mariage, la communauté conjugale ne comporte pas de séparation de patrimoines au profit des créanciers sociaux. L'argument signifie-t-il que les créanciers personnels des époux concourent, sur les biens communs avec les créanciers de la communauté ? Il est inexact; car, tant que dure la communauté, les créanciers propres de la femme n'ont aucune action sur le fonds commun, cela n'est point mis en doute, et à raison de l'inanité démontrée de la maxime:

tant). — Cet arrêt, qui admet l'extension de l'article 1206 à l'obligation des époux, est beaucoup plus décisif que le précédent.

(411) Cass. civ., 27 juin 1922 (S., 24. 1. 182).

(412) Planiol, *Traité élémentaire*, III, n° 1092, notes; Bartin sur Aubry et Rau, § 509, note 41 bis.

(413) Poullain-Duparc, *Principes du droit français*, liv. III, chap. XX, sect. IV, n° 130; Lebrun, *Traité de la communauté*, liv. II, chap. III, sect. III, n° 20.

« Toute dette du mari est dette de communauté », la même décision s'impose à l'encontre des créanciers de l'époux. L'argument signifie-t-il plutôt que, parmi les dettes communes, celles qui intéressent la société conjugale ne jouissent d'aucune préférence, par rapport à celles qui ne concernent que l'intérêt personnel des conjoints ? Il est alors inopérant. On distingue, sans doute, à côté du passif commun social, un passif commun extrasocial. Mais il faut remarquer, d'abord, que toute une tranche de passif social, ce que nous avons nommé le passif social irréductible, grâce au jeu déjà bien connu des privilèges généraux, prime sans discussion le reste du passif commun ⁽⁴¹⁴⁾. Le passif social ordinaire, il est vrai, subit la concurrence du passif extrasocial. Seulement est-ce bien une anomalie ? Est-ce que, dans la faillite d'une société en nom collectif, ceux qui sont devenus créanciers par suite d'un détournement de la raison sociale ne concourent pas avec ceux dont la créance dérive d'opérations régulières ⁽⁴¹⁵⁾. Mieux encore, est-ce que, contre une banque coopérative, le créancier qui agit en vertu de cautionnements ou d'endos, fournis par elle à ses membres, a moins de droits que le créancier qui se prévaut d'une avance de fonds directement consentie ? La personne morale devra payer au marc le franc les créanciers de toute catégorie, sauf à se faire rembourser par les associés responsables les dettes qui ne lui incombent pas en définitive. De

(414) Le passif social irréductible a pour garantie non seulement le patrimoine de la communauté, mais encore le patrimoine personnel de chaque conjoint *sans limitation*. La femme ne devrait pas pouvoir s'en affranchir par la renonciation, ni y opposer le bénéfice d'émolument. On l'admet bien pour les frais d'éducation des enfants, mais, pour les frais de ménage *stricto sensu*, la solution contraire fait l'objet d'un véritable dogme (Comp. l'arrêt de Montholon, Paris, 21 avril 1830, S., 30. 2. 218), ce qui aboutit au résultat paradoxal que la responsabilité de la femme commune est moins étendue que celle de la femme séparée de biens.

(415) V. également pour une société à responsabilité limitée, Poitiers, 23 juin 1931 (S., 31. 2. 132).

même, sauf récompense, la communauté acquittera le passif commun extrasocial concurremment avec le passif commun social. Cette absence de droit de préférence, au sein du passif commun, loin de contredire les notions de société et de personnalité morale, est imposée par la nature juridique de la communauté en tant que société personnifiée et coopérative de crédit.

IV. — La liquidation de la communauté conjugale.

Il est universellement admis, à l'heure actuelle, que la dissolution d'une société, spécialement d'une société de commerce, n'entraîne pas la disparition immédiate de la personne morale : la personne morale continue d'exister pour les besoins de la liquidation, jusqu'à achèvement de celle-ci ⁽⁴¹⁶⁾. Il en résulte les conséquences suivantes : le patrimoine social subsiste et reste le gage exclusif des créanciers sociaux (y compris les créanciers qui ont contracté, depuis la dissolution, avec le liquidateur); les biens sociaux ne deviennent pas indivis entre les associés; les créances et les dettes ne se divisent pas entre eux de plein droit. Ce principe fondamental s'est introduit sans texte. Il est, à vrai dire, rationnellement imposé par la notion de personnalité morale; c'est le seul moyen de donner à ladite notion toute sa portée. Au cours du XIX^e siècle, la jurisprudence a eu l'occasion de sanctionner le principe par des décisions très fermes : l'arrêt Euryale de Girardin du 18 août 1840 ⁽⁴¹⁷⁾, et surtout l'arrêt Lerestif des Tertres du 27 juillet 1863, qui a déclaré l'article 1220 inapplicable à une société en liquidation ⁽⁴¹⁸⁾.

Quelle va être, dès lors, la situation à la dissolution de

(416) Comp. Lyon-Caen et Renault, II, n° 366.

(417) Req., 18 août 1840 (S., 40. 1. 836), qui admet la compétence du tribunal du siège social pour la société dissoute. — Comp. déjà : Cass. civ., 16 nov. 1815 (S., 18. 1. 82).

(418) Req., 27 juill. 1863 (S., 63. 1. 437).

la communauté conjugale ? Dans la théorie de l'indivision, on doit logiquement décider, par une sorte d'argument *a fortiori*, que la communauté dissoute participe de l'indivision, notamment de l'indivision successorale. Il en est de même dans la théorie de Toullier. Seulement, entre l'indivision héréditaire et la communauté en liquidation, les différences sont si nombreuses et si manifestes que les auteurs modernes se voient contraints de prolonger, après la dissolution, la nature organique qu'ils prêtent à la communauté, sous le couvert des notions d'indivision organisée ⁽⁴¹⁹⁾ et de *Gesammte Hand* ⁽⁴²⁰⁾. Pour nous, la question n'est qu'une application du droit commun des sociétés : *la personnalité morale de la communauté entre époux survit dans la mesure où l'exigent les bespins de la liquidation*.

Cela étant, jusqu'au terme de la liquidation, qui va administrer la masse commune ? Voici l'opinion reçue en doctrine et en jurisprudence ⁽⁴²¹⁾ : en cas de dissolution par le prédécès de l'un des conjoints, c'est le survivant qui administre seul, ainsi que le laisse entendre l'article 1454 ; en cas de dissolution du vivant des deux époux, le mari conserve l'administration, sous le contrôle de l'autorité judiciaire ⁽⁴²²⁾. Ce système répudie toute influence de la notion d'indivision : dans une indivision, chacun des coïndivisaires (en l'espèce, chacun des conjoints ou de ses héritiers) devrait avoir un droit égal à l'administration de

(419) Capitant, *De l'indivision qui suit la dissolution de la communauté de biens entre époux* (*Revue critique*, 1929, p. 65-124) ; Bouchet, *Essai sur l'indivision qui suit la dissolution de la communauté de biens entre époux*, thèse Grenoble 1931, p. 48 et suiv.

(420) Josserand, *Essai sur la propriété collective*, p. 369-370 ; Masse, *op. cit.*, p. 452-453.

(421) Comp. Baudry-Lacantinerie, *Le Courtois et Surville*, II, nos 1065 et suiv. ; Capitant, *Revue critique*, 1929, *loc. cit.*, nos 39 et suiv.

(422) Exceptionnellement, en pareil cas, la femme pourra se voir confier, à raison de ses aptitudes, la gestion de certains biens communs (V. par ex. Req., 30 févr. 1929 (D., 30. 1. 34, et la note).

la masse indivise. Ici on est bien en présence d'une société personnifiée, pourvue d'un liquidateur, que la loi désigne d'avance impérativement parmi les associés ⁽⁴²³⁾.

L'application de l'article 1220, en matière de communauté dissoute, a donné lieu à un mouvement d'idées des plus caractéristiques. Le problème se pose en ces termes : les créances communes se divisent-elles de plein droit, à la dissolution, entre les deux conjoints ou leurs successeurs ? La jurisprudence est passée par trois phases. Dans une première période, qui s'ouvre avec le célèbre arrêt *Sommier* du 18 juin 1834 ⁽⁴²⁴⁾, elle défend fermement la solution négative, en se fondant sur des considérations de pure exégèse : l'article 1476 ne renvoie ni à l'article 1220 (qui ne se trouve pas au titre « Des successions »), ni à l'article 873 (qui concerne le paiement des dettes). La seconde période, qui va de 1881 à 1893, se traduit dans un revirement, esquissé par l'arrêt *Blondel* ⁽⁴²⁵⁾, accentué par l'ar-

(423) On peut supposer que l'époux survivant continue, durant la liquidation, une exploitation commerciale, industrielle ou agricole dépendant de la communauté. A qui doivent être attribués les bénéfices ainsi réalisés ? Si la communauté était une indivision, il faudrait appliquer l'adage « *Fructus augent hereditatem* ». Ce n'est pas la solution de la Cour suprême, telle qu'elle ressort d'un arrêt de principe, l'arrêt *Lapierre* (Cass. civ., 28 avril 1884, S., 86. 1. 294; D., 84. 1. 329) : il faut distinguer selon que les opérations postérieures à la dissolution sont ou non une suite nécessaire des opérations antérieures; au premier cas, les bénéfices produits grossissent la communauté; au second cas, ils profitent au conjoint survivant seul (sauf remboursement de la valeur locative du fonds). Or, où trouver un pareil critère de distinction, si ce n'est dans la théorie des sociétés, article 1868 ? A y regarder de près, il est vrai, l'analogie apparaît superficielle, sinon fautive (Comp. *Capitant*, article cité, n° 27). Nous la citons pour montrer l'emprise inconsciente que la notion de société conjugale exerce sur les tribunaux.

(424) Cass. civ., 18 juin 1834 (S., 34. 1. 733). L'arrêt *Sommier* a joué un rôle dans une autre controverse, touchant la nature juridique du droit du cohéritier sur le prix d'adjudication d'un immeuble héréditaire qui lui est attribué (Comp. *Bonnecase*, *Supplément au Traité de Baudry-Lacantinerie*, V. n° 249). — L'influence de l'arrêt *Sommier* se retrouve dans plusieurs décisions de cette période : Cass. req., 26 janvier 1837 (S., 37. 1. 406, motifs); Paris, 10 août 1861 (S., 62. 2. 97); Bourges, 22 févr. 1876 (S., 76. 2. 135).

(425) Req., 7 févr. 1881 (D., 81. 1. 423).

rêt Mathieu ⁽⁴²⁶⁾ : l'article 1220 doit être étendu, en principe, aux créances de communauté. Enfin, le 18 octobre 1893, la Chambre civile de la Cour suprême inaugure une troisième période dans l'arrêt Largeveau ⁽⁴²⁷⁾, en revenant intégralement à la doctrine de l'arrêt Sommier; et depuis lors, cette tendance n'a pas fléchi, ainsi que sont venus l'attester, en 1902, le jugement Salhorgue du Tribunal civil de Toul ⁽⁴²⁸⁾ et, en 1909, l'arrêt Milleret de la Chambre des requêtes ⁽⁴²⁹⁾. On peut donc tenir aujourd'hui pour une solution jurisprudentielle bien assise que la divisibilité automatique des créances est étrangère à la communauté dissoute ⁽⁴³⁰⁾. Il reste à expliquer rationnellement cette solution. Les auteurs y réussissent d'autant moins que leurs commentaires sont, pour la plupart, désapprobatifs ⁽⁴³¹⁾. Même parmi les approbateurs, perce actuellement une attitude, qui aboutirait à diminuer singulièrement la portée de la jurisprudence. C'est ainsi que M. Capitant s'exprime en ces termes : « Au fond, le motif qui explique les décisions de la jurisprudence est le désir d'assurer l'égalité du partage et d'empêcher que l'acte de l'un des indivisaires ne nuise aux droits des autres. Or, cette raison vaut pour toute indivision... La vérité est que la jurisprudence tend de plus en plus à écarter l'application de l'article 1220 aux créances faisant partie d'une masse indivise, et nous croyons que le jour où elle aura à statuer au sujet de créances successorales, elle donnera les mêmes solutions que pour celles qui dépendent d'une

(426) Req., 18 juill. 1883 (D., 84. 5. 143).

(427) Cass. civ., 18 oct. 1893 (S., 94. 1. 353).

(428) Trib. civ., Toul, 28 janv. 1902 (D., 1903. 2. 463, note Planiol).

(429) Req., 13 janv. 1909 (S., 11. 1. 441).

(430) Comp. Cass., civ., 25 juill. 1923 (D., 1926. 1. 153, note de M. Nast).

(431) Guillouard, III, nos 1373 et suiv.; Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, II, n° 1138; Planiol, note D., 1903. 2. 463; Planiol, Ripert et Nast, I, n° 821.

communauté entre époux. Notre conclusion est donc que, nonobstant les termes des arrêts, il n'y a pas en ce qui concerne les créances un double système d'interprétation, applicable l'un à la communauté, l'autre aux successions. » (432). Avec la conception de M. Capitant, il n'y aurait plus qu'à rayer du Code l'article 1220. Sans doute cet article doit-il se combiner avec d'autres notions fondamentales, comme, par exemple, la notion de créance chirographaire à gage déterminé, et c'est ce qu'ont fait les Chambres réunies de la Cour de cassation dans l'arrêt Chollet-Dumoulin (433). Mais, à l'état pur, quand n'intervient aucune notion nouvelle, l'article 1220 demeure intact, et il est au-dessus des atteintes de la jurisprudence. Sans aller jusqu'à y voir un texte d'ordre public, on ne peut s'empêcher de remarquer qu'il constitue une disposition essentielle de notre droit des successions, en ce qu'il a pour but social, comme l'article 845, de réduire le plus possible le domaine anarchique de l'indivision. Contrairement à l'assertion de M. Capitant, il y a donc bien deux systèmes d'interprétation: l'un admettant la divisibilité de plein droit pour les créances héréditaires, l'autre la repoussant pour les créances communes; l'un fondé sur l'idée d'indivision, l'autre fondé sur l'idée de personnalité morale. Telle nous semble, en effet, la signification profonde de la jurisprudence: c'est la persistance de la personnalité morale de la communauté, après la dissolution, qui exclut l'application de l'article 1220, écrit pour l'indivision. La doctrine de l'arrêt Largeteau, en matière de communauté conjugale, n'est que la projection de la doctrine de l'arrêt Lerestif des Tertres, en matière de société ordinaire. C'est pourquoi, logiquement, la position

(432) Capitant, article cité, n° 21.

(433) Chambres réunies, 5 déc. 1907 (S., 1908. 1. 5; D., 1908. 1. 113). — Comp. sur la notion de créance chirographaire à gage déterminé, Bonnet-case, *Supplément*, V, nos 331-341.

prise sur la divisibilité des créances doit être étendue à la divisibilité des dettes.⁽⁴³⁴⁾

D'après l'opinion courante, les créanciers personnels des conjoints (expression englobant ici tous ceux qui ont traité avec l'un ou l'autre des époux après la dissolution) ne pourraient pas prendre l'initiative de saisir la masse commune dissoute, à cause de l'article 2205⁽⁴³⁵⁾, mais, une fois la saisie opérée, seraient en droit de venir concourir avec les créanciers communs saisissants. L'arrêt Barçon consacre, on le sait, ce refus de tout droit de préférence aux créanciers de la communauté en liquidation. On aurait pu croire que cet arrêt de principe avait vidé la question. Or, il n'en est rien. Parmi les auteurs modernes les moins favorables à la personnalité morale de la communauté, il en est qui ne craignent pas d'admettre que, tant que le partage n'a pas eu lieu, une séparation des patrimoines se produit au profit des créanciers communs et à l'encontre des créanciers personnels, tout au moins à l'encontre de ceux qui sont devenus créanciers du mari après la dissolution ou créanciers de la femme à un moment quelconque. Tantôt c'est la notion de copropriété en main commune qui est utilisée à cette fin⁽⁴³⁶⁾, tantôt même la notion d'indivision dans ses déductions les plus poussées. C'est, en particulier, sous l'angle de la notion d'indivision que se place la dialectique de M. Capitant : « Tant que l'indivision subsiste, écrit l'éminent juriste, il n'est pas exact de dire que la part indivise de l'époux se confond avec le reste de ses biens. Cette part indivise étant insaisissable, ne fait pas partie du gage des créanciers personnels de l'indi-

(434) En ce sens, Capitant, article cité, n° 31. — Un arrêt a admis la divisibilité de plein droit pour les dettes communes : Req., 11 nov. 1878 (S., 79. 1. 437; D., 80. 1. 323), mais il se rattache chronologiquement à la seconde phase jurisprudentielle décrite.

(435) Comp. sur l'application de l'article 2205 aux communautés dissoutes, Trib. civ., Agen, 16 déc. 1929 (*Rev. trim.*, 1930, p. 780).

(436) Masse, *op. cit.*, p. 452-453.

vision. Or, comment des créanciers pourraient-ils demander à être payés sur des biens qu'ils ne peuvent pas saisir ? Les créanciers n'ont action que sur les biens mis dans le lot de leur débiteur ; c'est bien pour cela que l'article 2205 leur permet de demander le partage. Quand les créanciers communs font saisir un bien ayant fait partie de la communauté et le font vendre en vue de s'en partager le prix, ce prix ne se divise pas de plein droit entre les époux ou leurs représentants, il entre dans la masse indivise jusqu'au jour où il sera partagé. Jusque-là les créanciers personnels n'ont aucun droit sur ce prix. Rappelons, en effet, que le créancier qui a hypothèque sur une part indivise ne peut, au cas où un immeuble est licité et adjudgé à un tiers, exercer son droit de préférence que sur la part du prix attribuée à son débiteur. Enfin, voici une dernière considération qui vient démontrer le bien-fondé de notre opinion. De l'avis de tous les auteurs, si la femme, créancière de récompenses contre la communauté, les exerce en concours avec les créanciers de la communauté, elle jouit certainement du droit d'être payée par préférence aux créanciers personnels du mari. N'est-ce pas la preuve que les créanciers de la communauté ont un droit de préférence à l'encontre des créanciers personnels ? » (437). Malgré la vigueur de ce raisonnement, nous ne pensons pas que la notion d'indivision puisse servir de contre-pied au système de l'arrêt Barçon. Le droit de préférence auquel elle aboutit se révèle incomplet et précaire : incomplet, parce qu'il n'écarte pas toute une catégorie de créanciers personnels du mari, ceux dont le titre est antérieur à la dissolution — précaire, parce que, pour le faire évanouir, il suffit que les créanciers personnels des conjoints provoquent le partage en vertu de l'article 2205. Seule l'affirma-

(437) Capitant, article cité, n° 35. — Comp. déjà Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, II, n° 1208.

tion de la persistance de la personnalité morale permet de proposer une solution nette, corollaire de celle que nous avons acceptée pour la période où la communauté n'est pas dissoute : les créanciers personnels de l'un quelconque des époux ne peuvent, dans la liquidation, prétendre à une parcelle d'actif commun avant le paiement intégral des créanciers de la communauté.

Ici une question surgit : la femme, dans l'exercice des prélèvements destinés à la couvrir de ses reprises, va-t-elle primer les créanciers de la communauté ? Traditionnellement, on rattache la question au dilemme suivant : la femme agit-elle comme propriétaire ou comme créancière ? Nous ne reviendrons pas sur le mouvement d'idées considérable qui s'est développé là-dessus, en doctrine et en jurisprudence. L'analyse nous en semble, aujourd'hui, définitivement fixée ⁽⁴³⁸⁾. Il suffit de considérer que, d'après l'opinion dominante, assise sur l'arrêt Moinet, l'épouse agit comme créancière et concourt avec les autres créanciers de la communauté. Or, tout en maintenant l'idée de la personnalité morale de la communauté conjugale en liquidation, nous croyons pouvoir rejeter cette conséquence. Cela peut paraître, de prime abord, paradoxal, car l'existence du droit de créance ne conduit-elle pas à la reconnaissance du sujet de droit, tandis que le titre de propriétaire chez la femme suppose la nature d'indivision dans la communauté ? La contradiction n'est pas irréductible. Entre l'affirmation de la personnalité de la communauté et la négation de la théorie de l'arrêt Moinet, le pont est constitué par la notion, déjà rencontrée, de créance chirographaire à gage déterminé ⁽⁴³⁹⁾. La femme se présente bien comme créancière de ses reprises à l'égard

(438) V. par ex. Bonnecase, *Supplément au Traité de Baudry-Lacantinerie*, IV, nos 208-218.

(439) Comp. plus haut, p. 217, et Bonnecase, *Supplément*, V, nos 329 et suiv.

de la communauté, et même comme créancière chirographaire. Seulement il faut combiner cette constatation avec l'idée que le créancier chirographaire, ayant cause à titre particulier, peut avoir une action immédiate sur certains éléments concrets du patrimoine du débiteur : dans le cas des reprises de l'épouse commune en biens, cette action immédiate se justifie d'autant mieux qu'elle porte, en réalité, sur des éléments subrogés aux valeurs qui sont entrées, du chef de la créancière, dans le patrimoine de la personne morale débitrice, qui s'y sont déposées transitoirement. La femme, pour extraire de la communauté les éléments subrogés à ses valeurs propres, a un droit de créance à gage déterminé, c'est-à-dire un droit de créance garanti par une quote-part du patrimoine de la communauté, quote-part dont la prise de possession s'effectue sous la forme d'un prélèvement (art. 1470 et 1471). De la sorte, elle doit être payée de ses reprises avant tout créancier chirographaire ordinaire de la communauté. La mise en œuvre de la notion de prélèvement est facilitée, en l'espèce, par la désagrégation de l'actif, qui suit la dissolution de la communauté sans entraîner, pour autant, la disparition de la personne morale. Le droit de la femme créancière de ses reprises offre une analogie évidente avec le droit du copartageant créancier d'un rapport de dettes (440). Or les Chambres réunies, dans l'arrêt Chollet-Dumoulin, n'ont pas hésité à conférer au droit de prélèvement du cohéritier l'efficacité qu'elles avaient refusée, dans l'arrêt Moinet, au droit de prélèvement de l'épouse. Il y a bien eu des tentatives très subtiles pour montrer que

(440) Comp. Bonnecase, *Supplément*, V, n° 339. — Continuant à situer la question sur le plan de la nature juridique de la communauté, observons que l'application du rapport des dettes en matière de sociétés n'est plus, aujourd'hui, contestée (Cass. civ., 8 févr. 1882, D., 82. 1. 917; civ. 6 août 1893, S., 99. 1. 462; comp. Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Société*, n° 487).

les deux situations étaient différentes et exigeaient des solutions opposées (441). Ces tentatives sont d'autant moins convaincantes que la Chambre des requêtes, par l'arrêt Gallet du 2 février 1925 (442), a mis sur le même pied, quant à la solution de l'arrêt Chollet-Dumoulin, les partages de communautés et les partages de successions. Il n'est donc pas défendu d'espérer que la jurisprudence, un jour prochain, répudiera le système, si désastreux pour la femme, émis dans l'arrêt Moinet (443).

Le partage de la communauté, phase ultime de la liquidation, n'appelle qu'une remarque touchant l'application de l'article 883. Dans la doctrine de l'indivision, on fait logiquement remonter l'effet déclaratif au jour de l'entrée du bien en communauté. Mais cette solution simpliste, consacrée par les arrêts précités Gacon et de Montagny (444) est de plus en plus battue en brèche (445). Pour ceux qui admettent la personnalité morale de la communauté, la position du problème est on ne peut plus claire: le partage ne saurait rétroagir au delà du jour de la dissolution (446).

(441) V. par ex. Pilon, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1905, p. 669 et suiv.; Lenotte, *Le prélèvement en matière de rapport de dettes*, thèse Lille 1908, p. 63 et suiv.

(442) Req., 2 févr. 1925 (S., 25. 1. 148).

(443) La jurisprudence récente témoigne, en tout cas, une tendance très nette à s'écarter de ce système dès que le concours des créanciers n'est plus en cause. V. ainsi Paris, 19 déc. 1928 (D., 30. 2. 41, note de M. Nast).

(444) Comp. plus haut, notes 38 et 40.

(445) Bonnecase, *Supplément*, IV, n° 273; Capitant, article cité, n° 47; Josserand, *Cours de droit civ.*, III, n° 16; Bouchet, thèse précitée, p. 184 et suiv.

(446) Cette question de l'effet rétroactif du partage, en matière de communauté, a trouvé une actualité inattendue sur un point de droit fiscal, mettant en jeu, de façon indubitable, la nature juridique du régime matrimonial. Si un ménage, vivant sous le régime de communauté, vient à se dissoudre, au cours de l'année, par suite du décès du mari, comment vont être établies les contributions afférentes à cette année fiscale en ce qui concerne l'impôt sur les revenus de la femme, spécialement l'impôt global? Faut-il y comprendre, outre la totalité des revenus perçus personnellement par l'époux depuis la dissolution, la moitié des revenus recueillis

par la communauté du vivant du mari? Le Conseil d'Etat a d'abord admis l'affirmative, et il en a donné cette raison que la femme, en vertu de l'effet déclaratif du partage, était censée avoir toujours été propriétaire de la moitié de la communauté, donc avoir toujours eu la disposition de la moitié des revenus communs (Cons. d'Etat, 31 mars 1925, S., 26. 3. 50; D., 25. 3. 57, note de M. Troabas, et 17 déc. 1926, D., 27. 3. 47). L'argumentation était évidemment peu satisfaisante. Le Conseil d'Etat renonça bientôt à invoquer l'effet déclaratif : pour imposer la femme sur la moitié des revenus communs, il se contenta d'affirmer que les deux époux sont, durant le mariage, copropriétaires de la communauté (arrêts du 25 mars 1927, S., 28. 3. 42, note de M. Gény, D., 27. 3. 61, note de M. Troabas, et du 16 mai 1928, *Gaz. Pal.*, 1928. 2. 188). Mais le principe même de l'imposition de la femme était vivement critiqué chez les civilistes (voir par ex. la note de M. Gény) : l'impôt, objectaient-ils, ne frappe que le revenu net annuel dont dispose chaque contribuable (loi du 15 juillet 1914, art. 10); or c'est le mari seul qui dispose des revenus communs, parce qu'il a, durant le mariage, sur la masse commune, des pouvoirs de « quasi-propriété ». Le Conseil d'Etat a été entraîné par ces critiques à un revirement complet : un arrêt du 26 mars 1931 (S., 31. 3. 121, note P. F. R.) décide que le mari est imposable sur l'intégralité des revenus dont il a eu la disposition jusqu'à la date du décès de sa femme. On a dit de la solution nouvelle qu'elle était « conforme à la conception française traditionnelle, d'après laquelle la communauté conjugale est la chose du mari ». C'est bien la fortune la plus étonnante de la théorie de Toullier. La solution précédemment sanctionnée, quoique mal motivée, était, selon nous, meilleure, car elle était en harmonie avec la nature juridique de la communauté, société engendrant des bénéfices au profit des deux conjoints.

CHAPITRE VI

LA LOI DU 13 JUILLET 1907 DANS SES RAPPORTS AVEC LA NATURE JURIDIQUE DES DIVERS TYPES DE REGIMES MATRIMONIAUX.

I

La loi du 13 juillet 1907, relative au libre salaire de la femme mariée, a apporté une complexité nouvelle dans la structure des divers régimes matrimoniaux, envisagée du point de vue des notions de société et de personnalité morale. Elle a créé une catégorie spéciale de biens, les biens réservés, que composent les produits du travail personnel de la femme et les économies en provenant. Il n'est pas douteux que cette masse de biens est soumise à une condition juridique homogène et autonome, caractérisée par la liberté d'administration et de disposition qui appartient à l'épouse. Il n'est pas douteux qu'elle est soudée à un ensemble correspondant de passif : à savoir, toutes les dettes de la femme sans distinction (art. 3, al. 1) et, sous certaines réserves au moins apparentes, les dettes contractées par le mari dans l'intérêt du ménage (art. 3, al. 2). Cette double idée apparaît clairement dans l'article 5 de la loi de 1907 : « Si la femme renonce à la communauté, elle gardera (les biens réservés) francs et quittes de toutes dettes autres que celles dont ils étaient antérieurement le gage. » Ainsi la masse des biens réservés se détache tangiblement de la masse des biens communs ordinaires, mais

elle ne s'en détache qu'en entraînant avec soi une masse corrélatrice de passif. Condition autonome, liaison indissoluble de l'actif et du passif, autant de traits distinctifs de l'universalité juridique. *La loi du 13 juillet 1907, tout en ayant pour but social d'élargir la capacité de l'épouse, a eu pour résultat indirect d'établir, à l'intérieur ou à côté de la société conjugale, une universalité juridique indépendante.* Cela n'est guère discuté à l'heure actuelle ⁽¹⁾ : « Les biens réservés, constatent MM. Planiol, Ripert et Nast ⁽²⁾, forment un véritable patrimoine. »

Pourrait-on parler de patrimoine d'affectation ? Il faut se rappeler, d'abord, que la consistance active et passive du patrimoine réservé n'est nullement liée à l'activité professionnelle de l'épouse. S'il y a affectation, ce ne peut être qu'une affectation aux intérêts généraux du ménage. Mais force est bien de reconnaître que cette affectation a reçu de la loi une organisation très imparfaite, puisque les biens réservés sont grevés des dettes quelconques de la femme au même titre que des dettes proprement ménagères. C'est que la loi de 1907 se ressent de l'ambiance féministe où elle est née : son but principal a été de mettre, par un accroissement de capacité, la femme laborieuse à l'abri des dilapidations du mari ; l'affectation ménagère n'a été considérée que comme un but second. Cette dualité de but se reflète dans la nature composite du patrimoine réservé.

Ce qu'il importe de remarquer, en tout cas, c'est que le patrimoine réservé, à la différence du patrimoine dotal, n'aboutit pas à la création d'une nouvelle personne morale. Les biens réservés constituent une universalité juridique, non une personne morale, pour cette raison essentielle

(1) M. Gazin (*Essai critique sur la notion de patrimoine dans la doctrine classique*, thèse Dijon, 1910, p. 294-310) est le premier auteur qui ait systématiquement développé cette théorie du patrimoine réservé, où il voyait une brèche au principe classique de l'indivisibilité du patrimoine.

(2) Planiol, Ripert et Nast, *Régimes matrimoniaux*, II, n° 1329.

qu'ils ne recouvrent pas un intérêt collectif distinct soit de l'intérêt individuel de l'épouse, soit de l'intérêt collectif personnifié dans le régime matrimonial. Il n'empêche que cette universalité juridique entretient avec la personne morale qu'est la société conjugale des relations étroites, dont la nature varie selon les régimes. Sous le régime de communauté, le patrimoine réservé fait partie du patrimoine de la société conjugale. La société conjugale se trouve alors, à beaucoup d'égards, dans une situation comparable à celle d'une société d'armement qui est titulaire d'un patrimoine de mer ⁽³⁾. Elle est à la tête de deux universalités juridiques : 1° une universalité juridique générale, le fonds social, la communauté; 2° incluse dans la première sans y perdre son individualité, une universalité juridique spécialisée, le patrimoine réservé. Sous tous les régimes autres que la communauté, le patrimoine réservé entre dans le patrimoine de la personne physique qu'est l'épouse. Par sa structure, il demeure donc extérieur à la société conjugale; mais, par son fonctionnement, il se rattache à elle de façon intime, car il contribue à la pourvoir des ressources nécessaires à la réalisation de l'objet social, ainsi que cela se traduit dans le mécanisme du passif, dominé par cette notion d'intérêt du ménage, sur laquelle il convient maintenant de s'expliquer.

II

Toutes les dettes du ménage, c'est-à-dire *toutes les dettes sociales de la société conjugale personnifiée, grèvent le patrimoine réservé, qu'elles aient été contractées par l'organe du mari ou de la femme*. Telle est la formule qui nous paraît résumer le mécanisme du passif. A tort on prétendrait que, par sa généralité, elle contrevient au texte de la

(3) Comp. Vavasseur, *Sociétés* (7^e éd. par Bonnetcase), I, n° 182

loi de 1907 et, particulièrement, à l'article 3, al. 2, ainsi conçu : « (Les biens réservés pourront être saisis) par les créanciers du mari qui ont contracté avec lui dans l'intérêt du ménage, alors que, d'après le régime adopté, ils auraient dû, antérieurement à la présente loi, se trouver entre les mains du mari. » La restriction finale énoncée par cet article est illusoire. Avant la loi de 1907, dans la mesure où les besoins du ménage étaient en jeu, les produits du travail de la femme et les économies en provenant se trouvaient — pour employer l'expression légale, dont le vague laisse assez de latitude à l'interprète — se trouvaient *sous tous les régimes* « entre les mains du mari ». On pourrait en douter pour les régimes de séparation de biens et d'exclusion de communauté. Mais, sous la séparation de biens, les valeurs qui ressortissent aujourd'hui au patrimoine réservé tombaient entre les mains du mari quand ils étaient nécessaires à la subsistance du ménage, en ce sens que le mari pouvait les exiger à titre de contribution et que les fournisseurs qui avaient traité avec lui pouvaient les saisir même dans le patrimoine de la femme; et quant au régime sans communauté, quelque parti que l'on y prît sur la condition juridique des salaires de l'épouse, il fallait bien convenir que le mari pouvait valablement les dépenser au jour le jour pour les besoins du ménage. La loi de 1907 n'a donc rien changé à la situation : les dettes ménagères procédant du chef du mari continuent à avoir pour gage, sous tous les régimes, les biens qui forment aujourd'hui le patrimoine réservé (4).

Là n'est pas, d'ailleurs, à notre point de vue, le problème fondamental. Ce problème, dont la dépendance par rapport à la nature juridique des régimes matrimoniaux a été d'ordinaire négligée, réside dans la détermination

(4) Comp. en sens divers : Planiol, Ripert et Nast, II, nos 1378-1380, et Margat, *La femme mariée commerçante et le régime du libre salaire*, p. 278 et 281-282.

exacte de ce qu'est l'intérêt du ménage. La loi de 1907 (art. 3) parle de dettes contractées dans l'intérêt du ménage. La loi de 1907 (art. 3) parle de dettes contractées dans l'intérêt du ménage soit par le mari, soit par la femme. Que faut-il entendre par là? La réponse soulève de graves difficultés ⁽⁵⁾. Nous commencerons par poser en thèse que l'expression « intérêt du ménage » a une signification identique, qu'il s'agisse de l'un ou de l'autre des conjoints. Nous regrettons d'être, à ce sujet, en désaccord avec la quasi-unanimité des commentateurs. D'après l'opinion reçue, l'alinéa 4 de l'article 3 se référerait implicitement à la théorie jurisprudentielle touchant les attributions domestiques de l'épouse : les dettes contractées par la femme dans l'intérêt du ménage et incombant, comme telles, au mari ou à la communauté ne seraient autre chose que les dépenses courantes engagées en vue de l'entretien journalier des conjoints et de leurs enfants. Au contraire, les dettes contractées par le mari dans l'intérêt du ménage et susceptibles de grever les biens réservés auraient un domaine beaucoup plus étendu : ce seraient, au fond, toutes les dettes justifiées par l'utilité bien comprise du ménage; on propose, par exemple, d'y inclure de gros achats ou de grosses dépenses faites dans un intérêt commun ⁽⁶⁾. Une telle opinion, outre qu'elle ne parvient pas à se donner de critérium précis, est franchement inadmissible en ce qu'elle suppose qu'une expression légale, littéralement une, peut comporter deux interprétations différentes dans le corps d'un même article de loi. Selon nous, sous un

(5) Planiol, *Traité élémentaire*, III, n° 1143 bis. — De là l'importance du fardeau de la preuve. C'est au créancier, qui veut saisir des biens réservés, de prouver qu'il a traité avec le mari dans l'intérêt du ménage (art. 3, al. 3). A l'inverse, on décide sur l'article 3, al. 4, que c'est au mari de prouver, contre le créancier qui a traité avec la femme, que la dette n'intéresse pas le ménage (Margat, *op. cit.*, p. 316-317; Planiol, Ripert et Nast, II, n° 1368).

(6) Planiol, Ripert et Nast, II, 1337.

régime donné, il n'y a qu'une seule catégorie de dettes contractées dans l'intérêt du ménage, et cette catégorie doit être délimitée en fonction de la nature juridique du régime matrimonial. Nous savons que le ménage est la société conjugale personnifiée. Une dette contractée dans l'intérêt du ménage ne peut être qu'une dette ressortissant au but poursuivi par la personne morale, une dette rentrant dans l'objet social. *Le passif ménager visé par la loi de 1907 n'est autre que le passif social des divers types de société conjugale.* Pour savoir si une dette a été ou non contractée dans l'intérêt du ménage, il suffit donc de rechercher — sans considérer lequel des époux l'a fait naître — si elle est ou non contenue dans le passif social du régime matrimonial correspondant. Sous le régime de séparation de biens, la portée de l'article 3, aussi bien du chef du mari que du chef de la femme, se limitera strictement aux dettes nécessitées par l'entretien du ménage et l'éducation des enfants. Sous le régime dotal et l'exclusion de communauté, cette portée sera plus large : ainsi on pourra regarder comme contractés dans l'intérêt du ménage les frais de réparation d'un immeuble dotal ou d'un propre de la femme. Enfin, sous le régime de communauté, sera classé dans le passif ménager tout ce que nous avons nommé le passif commun social. L'extension de l'objet social, variable suivant les régimes, donne la mesure de l'intérêt du ménage. Il est certain que de telles déductions, que nous ne faisons qu'indiquer, détonneront dans l'état actuel de la doctrine. Spécialement, les pouvoirs conférés à la femme commune, exerçant une profession séparée, pour obliger la communauté et, partant, le mari sans autorisation maritale, revêtent, dans notre conception, une ampleur insoupçonnée, dont on ne manquera pas de se choquer. Toutefois, il faut noter que les bouleversements engendrés par la loi de 1907, s'ils apparaissent par là plus profonds que la plupart des commentateurs ne l'imagi-

naient, apparaissent aussi moins incohérents : l'équilibre du régime matrimonial, que l'on prétendait rompu au détriment du mari, se trouve rétabli par notre détermination des dettes contractées dans l'intérêt du ménage; la femme commune en biens ne peut pas, tout en conservant par devers soi le patrimoine réservé, rejeter sur l'époux l'intégralité du passif commun social. L'aspect chaotique prêté à la réforme de 1907 tient, en grande partie, à ce qu'elle a été interprétée jusqu'ici à la lueur des travaux préparatoires, lueur diffuse comme toujours. En vain objecterait-on l'intention du législateur. Les prévisions des auteurs de la loi ont été débordées, en l'espèce, par une formule légale, traduisant la réalité des choses : l'intérêt du ménage. La notion de ménage, notion essentiellement organique, était destinée à se dégager, par sa force interne, de la réglementation touffue et fragmentaire où elle était encastrée, à dominer cette réglementation et à l'infléchir dans le sens de la nature juridique indivisible des régimes matrimoniaux : société, personnalité morale.



DEUXIÈME PARTIE *

SYNTHÈSE

L'analyse successive des divers types de régimes matrimoniaux, considérés tant dans leur structure que dans leur fonctionnement, nous a révélé qu'il n'était pas un seul régime dont la nature juridique ne pût se traduire par les notions de société et de personnalité morale. Il s'agit, maintenant, de faire la synthèse de ces résultats particuliers, c'est-à-dire de s'élever à la nature juridique du régime matrimonial en général, du régime matrimonial envisagé abstraitement, indépendamment de ses types concrets. Trois propositions, correspondant à autant de chapitres, serviront d'armature à notre synthèse :

- 1° Tout régime matrimonial constitue une société investie de la personnalité morale;
- 2° Tout régime matrimonial constitue une société-organisme, engendrée par un effet direct de la loi;
- 3° Tout régime matrimonial constitue une société présentant une nature intégralement commutative et onéreuse.

Les trois propositions, du reste, ne coexistent pas à l'état isolé. Elles sont susceptibles de rentrer les unes dans les autres : la troisième est contenue dans les deux premières, la seconde est elle-même en puissance dans la première, qui marque ainsi le maximum de synthèse et de compréhension. Toutes trois, enfin, se prolongent mutuellement pour traduire la nature juridique du régime matrimonial, une dans ses différents aspects.

CHAPITRE PREMIER

TOUT REGIME MATRIMONIAL CONSTITUE UNE SOCIÉTÉ INVESTIE DE LA PERSONNALITÉ MORALE

Cette proposition liminaire met en vedette deux points de vue : société et personnalité morale. Ces deux points de vue, bien qu'étroitement solidaires ici comme en tout autre domaine, peuvent utilement donner lieu à des développements distincts. De là les deux sections qui diviseront le présent chapitre, en relation avec deux notions capitales déjà esquissées : la notion de société conjugale, application de l'idée de société aux régimes matrimoniaux, et la notion de ménage, où la personnalité morale vient s'unir à la société conjugale, pour caractériser pleinement la nature juridique du régime matrimonial.

SECTION PREMIÈRE

LA NOTION DE SOCIÉTÉ CONJUGALE

Trois paragraphes composeront notre section : le premier, de portée strictement négative, tendra à éliminer, une fois pour toutes, de la science du droit le concept d'association conjugale; le second sera une affirmation de la nature juridique du régime matrimonial en tant que société; le troisième, déduction et contre-épreuve du second, déterminera l'influence de cette nature juridique sur diverses théories du Droit privé.

§ 1. — *Rejet définitif de la notion d'association conjugale.*

Tout le long de la première partie, nous avons rencontré çà et là, sous la plume des auteurs les plus variés, l'expression « association conjugale » et, au passage, nous en avons souligné l'irrémédiable équivoque. C'est ici le lieu de s'attaquer de front à cette expression et au concept inadéquat qu'elle recouvre, pour aboutir à leur rejet définitif hors de la science du Droit.

La tâche du critique est assez embarrassante, car l'adversaire se dérobe à tout instant. Nulle part la notion d'association conjugale n'a été développée de façon systématique. Là même où l'on s'attendrait à quelque effort constructif, la pseudo-théorie se dissout en une infinité de concepts fuyants. Qu'il suffise de se reporter à tel passage placé par Troplong sous la rubrique prometteuse : Comparaison de la société avec *l'association conjugale*. « Après avoir comparé la société avec la communauté [l'indivision], mettons-les, écrit Troplong, en regard de l'association conjugale; les différences sont capitales, quoiqu'il arrive quelquefois de donner aux époux le nom d'associés. La société spéculé sur des gains et avantages pécuniaires à recueillir. L'association conjugale a en vue une famille à fonder. La première a pour base l'intérêt; l'autre l'affection. « La société conjugale, dit Louet, n'a pas pour fin » le profit, c'est l'amitié et ce qui est requis pour l'entre- » tenir et conserver. » Celle-ci est en premier ordre une union des personnes; celle-là n'est en premier ordre qu'une association des choses. Dans la communauté de biens entre époux, le but principal est l'indissolubilité des intérêts conjugaux plutôt que le partage des bénéfices. Dans la société, l'intention dominante n'est autre que le partage » (1). Sans doute, l'évocation de la notion de bénéfice

(1) Troplong, *Société*, I, n° 31.

semble-t-elle conférer à ce passage une certaine précision technique (encore qu'association conjugale et société conjugale y soient traitées, à l'occasion, en expressions interchangeables). Mais qu'est-ce que Troplong entend au juste par association conjugale? Est-ce le mariage? le régime matrimonial en général? le seul régime de communauté? Bien fin qui le devinera. Troplong fait successivement allusion à toutes ces idées sans s'arrêter à aucune. Au fond, l'association conjugale n'est, pour lui, qu'un vocable passe-partout, où il enfourne pêle-mêle, selon les commodités du discours, des idées radicalement différentes. Et pourtant, nul auteur n'a été, en la matière, aussi loin que lui dans la voie de la systématisation.

A dire vrai, la critique ne trouve un terrain quelque peu consistant que dans l'article 1387 du Code civil, creuset de la phraséologie de l'ancien Droit et point de départ des divagations de la doctrine moderne : La loi ne régit l'*association conjugale*, quant aux biens, qu'à défaut de conventions spéciales, que les époux peuvent faire comme ils le jugent à propos, etc. De ce texte, une interprétation exégétique, pesant les mots et les virgules, peut exprimer deux propositions :

1° Il existe entre les époux une association appelée association conjugale.

2° Cette association présente une double face : quant aux biens et, implicitement, quant aux personnes. Cela ne fait pas deux associations distinctes, se traduisant l'une dans le régime matrimonial, l'autre dans le mariage. L'association conjugale est unique, mais elle est régie par deux titres du Code : par le titre V du livre I quant aux rapports personnels entre associés ou sociétaires; par le titre V du livre III quant aux rapports patrimoniaux.

Seulement les propositions énoncées laissent en suspens un problème fondamental : l'article 1387 prend-il le terme association dans son sens technique, par opposition au

terme société? Ce n'est un secret pour personne que le législateur napoléonien a usé, en l'espèce, d'une terminologie peu arrêtée, à telles enseignes que, dans l'article 854 du Code civil, il a soudé le vocable association à la notion de bénéfice et que, dans les articles 47 et suivant du Code de commerce, il a étiqueté associations des groupements commerciaux à but essentiellement lucratif. Ce serait donc prêter à l'article 1387 une portée qui n'a pas pu rationnellement être la sienne, que de supposer que la nature juridique du régime matrimonial s'y trouve déterminée au regard de la distinction de la société et de l'association⁽²⁾. Dans un texte qui a exclusivement pour but social de poser le principe dit de la liberté des conventions matrimoniales, la mention de l'association conjugale est, d'ailleurs, une pure superfétation. Elle n'a point de valeur législative et ne saurait lier l'interprète. Néanmoins, une interprétation scientifique, et non plus exégétique, peut en extraire une donnée précieuse : c'est que la notion d'association *lato sensu* s'est imposée d'elle-même aux rédacteurs du Code, quand il s'est agi de qualifier incidemment le régime matrimonial, et qu'elle n'a été nullement limitée par eux au seul régime de communauté. Cette donnée est corroborée par l'article 1390 : Les époux ne peuvent plus stipuler d'une manière générale que leur *association* sera réglée par l'une des coutumes, lois ou statuts locaux qui régissaient ci-devant les diverses parties du territoire français, etc. La qualification large d'association dépasse le cercle particulier de la communauté et vient se greffer sur la notion générale et abstraite de régime matrimonial.

Nous n'en sommes que plus à l'aise pour dresser, en face

(2) V. toutefois : Bouvier-Bangillon, note au D., 1912. 1. 481, col. 1. Cet auteur paraît admettre que le législateur s'est servi du mot « association » pour « indiquer, avec une grande hauteur de vues, que le régime des biens entre époux doit toujours avoir un caractère subordonné, que l'association entre époux a principalement une nature morale et non pécuniaire ».

des deux propositions congruentes aux tendances exégétiques, les deux propositions adverses que voici :

1^o Il ne s'établit pas entre les époux une association au sens strict et technique, mais une société.

2^o Cette société est uniquement relative aux biens et constituée par le régime matrimonial : le mariage n'est ni une société, ni une association. Reprenons ces deux points.

1^o Chaque type de régime matrimonial ayant été en quelque sorte démonté, il nous est apparu qu'il recélait, dans sa structure, cet élément diacritique de la société qu'est la notion de bénéfice. Dès lors, le régime matrimonial en général doit prendre place dans la catégorie juridique des sociétés par opposition à la catégorie juridique des associations. On pourrait, à la rigueur, essayer de justifier l'expression d'association conjugale, dans son application au régime matrimonial, en se référant à la notion d'association *lato sensu* qui, en contraste avec la notion de fondation, englobe à la fois l'association *stricto sensu* et la société (3); c'est ainsi que, nous basant sur les incertitudes de la langue juridique de 1804, nous avons proposé d'expliquer le vocabulaire des articles 1387 et 1390. Mais, aujourd'hui, il faut reconnaître que le mot association, sans autre précision, emporte la signification technique d'association *stricto sensu*, suivant la définition de la loi du 1^{er} juillet 1901, art. 1^{er}. Aussi est-il nécessaire, pour couper court à toute équivoque, de renoncer à appeler association conjugale le régime matrimonial, qui constitue une société.

2^o Bien que l'article 1387 suggère le contraire, il n'y a pas d'association conjugale quant aux personnes, et il n'y a pas davantage de société conjugale à cet égard. L'illusion par laquelle on en est venu à identifier le mariage avec

(3) Vavasseur, *Traité des sociétés civiles et commerciales* (7^e éd., par Bonnecase), I, n^o 3.

l'association est facile à comprendre. Le mariage engendre une situation juridique permanente, où deux personnes sont liées par un ensemble de rapports de droit : l'esprit, nous le savons, est conduit, par une pente naturelle, à évoquer sous toute pluralité de sujets de droit les notions de société et d'association, et comme l'éthique assigne au mariage des fins idéales et désintéressées, la notion d'association a semblé aller d'elle-même. Plus d'un auteur, cependant, a parlé de société, témoin les définitions classiques d'Aubry et Rau et de Demolombe. « Le mariage, d'après le Droit philosophique, écrivent Aubry et Rau, est la *société* perpétuelle que contractent deux personnes de sexe différent, dans le but d'imprimer un caractère de moralité à leur union sexuelle et aux rapports qui en doivent naître » (4). « Le mariage, déclare Demolombe, constitue un établissement; c'est une *société* qui a ses charges et qui doit avoir les moyens d'y satisfaire » (5). Le mot, à ce qu'il nous paraît, est mis là simplement pour faire image, nullement aux fins de classification scientifique. On concevrait avec peine que les éléments constitutifs de la société pussent se retrouver dans le mariage. M. de Bonald avait jadis esquissé, dans ce sens, un rapprochement en forme, du moins sous l'angle de la notion d'apport, mais il n'avait réussi qu'à prouver ses dons de fantaisie. « Dans cette société, disait-il en 1816, lors des débats parlementaires qui précédèrent l'abolition du divorce, les mises ne sont pas égales : l'homme y place sa force, la femme, la faiblesse. Les résultats en cas de dissolution ne sont pas égaux, puisque l'homme s'en retire avec toute son indépendance et que la femme n'en sort pas avec toute sa dignité, que de tout ce qu'elle y a porté : pureté, virginité, jeunesse, beauté, fécondité, considération, fortune, elle ne

(4) Aubry et Rau, VII, § 450.

(5) Demolombe, III, n° 7.

peut reprendre que son argent » (6). Tout cela n'est, en réalité, que passe-temps littéraire (7). La science du Droit civil ne s'accommode pas de ces à peu près. Même en faisant abstraction du point de savoir si le mariage est un contrat, toute assimilation rationnelle avec la société ou l'association est impossible. La théorie contractualiste envisage le mariage comme le contrat par lequel deux personnes de sexe différent se promettent l'utilisation réciproque et exclusive de leurs facultés sexuelles. La théorie organique le définit : « une institution faite d'un ensemble de règles de droit essentiellement impératives, dont le but est de donner à l'union des sexes, donc à la famille, une organisation sociale et morale, correspondant à la fois aux aspirations du moment et à la nature permanente de l'homme, comme aussi aux directives fournies en tout domaine par la notion de droit » (8). Peu importe ici la définition que l'on choisit. De l'une et de l'autre une constatation irréfutable se dégage à égal titre : c'est que *l'union des sexes* caractérise essentiellement le mariage. Or, l'union des sexes est un phénomène irréductible à tout autre, et qui n'a d'équivalent proche ou lointain ni dans la société, ni dans l'association. L'existence de cet élément primordial qu'est l'union des sexes met hors de doute l'autonomie absolue de la catégorie juridique constituée par le mariage et, du même coup, ruine la conception d'une association conjugale quant aux personnes.

Notre conclusion est maintenant inévitable : la notion d'association conjugale, sous quelque aspect qu'on la considère, est sans valeur dans le Droit positif français.

(6) Locré, V., p. 434.

(7) Cette mollesse de langage se retrouve à l'étranger. V. pour le droit espagnol, chez Luis Mendizabal y Martin (*Tratado de Derecho Natural*, p. 278), une définition quintessencée du mariage en tant que « *sociedad amigable y propagadora* ».

(8) Bonnecase, *Philosophie du Code Napoléon*, n° 144.

Si, sous le couvert de cette notion, on vise le mariage, l'inexactitude est flagrante, car le mariage est une institution juridique se suffisant à elle-même et indépendante de l'association comme de la société. Que si l'on vise par là le régime matrimonial, l'erreur n'est pas moindre, le régime matrimonial répondant à l'idée de société et non à l'idée d'association. En toute hypothèse, l'expression d'association conjugale doit être rayée à jamais du vocabulaire juridique.

Nous ajouterons seulement une observation. La notion d'association conjugale a peut-être été, à son origine historique, au temps où société et association se confondaient, la traduction maladroite d'une conception juste, confusément aperçue, touchant la nature juridique du régime matrimonial. Mais il faut voir dans sa survivance à l'heure actuelle, alors que le domaine de l'association est parfaitement délimité, une manifestation certaine du *romantisme juridique* ⁽⁹⁾. Le romantisme juridique affectonne les expressions vagues, floues, aptes à vêtir des concepts rationnellement distincts ⁽¹⁰⁾ : l'expression d'association conjugale est de celles-là, puisqu'on y amalgame la communauté, le régime matrimonial en général et le mariage lui-même. Mieux encore, le romantisme juridique a un invincible penchant au sentimentalisme ⁽¹¹⁾. Or, l'expression d'association conjugale est sentimentale au premier chef : association et non société, car il s'agit non pas d'organiser rationnellement la situation prosaïque engendrée, au point de vue patrimonial, par l'institution juridique du mariage, mais d'ennobler, de poétiser une

(9) V. sur le romantisme juridique, J. Bonnecase, *Science du Droit et Romantisme*.

(10) C'est ce qui explique la vogue présente, spécifiquement romantique, de la notion d'institution. Comp. sur ce point : J. Bonnecase, *Science du droit civil, Considérations sur son état présent*, p. 35 et suiv.

(11) Comp. J. Bonnecase, *Science du Droit et Romantisme*, n° 263.

union toute morale des personnes, flottant loin des contingences économiques, humide de sensibilité et d'amour éthéré. Ainsi, envahissement du Droit par la morale, même sur le terrain de la pure technique; triomphe des données sentimentales sur les données rationnelles : on est, avec la notion d'association conjugale, en plein romantisme juridique.

§ 2. — *Affirmation de la nature juridique du régime matrimonial en tant que société : la notion de société conjugale.*

Ainsi que notre première partie en a apporté la démonstration, régime par régime, il n'est pas de type concret de régime matrimonial qui ne réunisse en lui les trois éléments constitutifs de la société : apport de chaque associé, objectif consistant dans la réalisation de bénéfices à partager, *affectio societatis*. Par un raisonnement irréprochable, nous nous élevons maintenant à la détermination de la nature juridique du régime matrimonial en général, considéré abstraitement, indépendamment de ses variétés concrètes, et nous disons que le régime matrimonial constitue une société, qui est appelée, à bon droit, la société conjugale. Traduisant la même proposition sous le rapport de la personne des époux, nous disons que les époux ont nécessairement et toujours la qualité d'associés, non pas parce que le mariage crée entre eux une vague convergence sentimentale, mais parce qu'ils sont obligatoirement placés sous l'empire d'un régime matrimonial et que tout régime matrimonial constitue une société (12).

(12) Cette qualité juridique d'associés chez les époux a reçu, en droit positif, une consécration tout à fait inattendue dans le domaine de la loi du 13 juillet 1906 sur le repos hebdomadaire (aujourd'hui incorporée au Code du travail, liv. II, art. 30 et suiv.). Une circulaire ministérielle du 30 novembre 1906 (*Bulletin de l'Office du Travail*, 1906, p. 1263), a interprété ladite loi comme permettant à un patron de travailler le dimanche

L'opposition traditionnellement établie entre les régimes de communauté et les régimes de séparation de biens perd ainsi la portée irréductible que l'on a coutume de lui prêter : il ne s'agit plus d'une différence de nature, entre deux catégories, dont l'une répondrait à l'idée de société, tandis que l'autre l'exclurait absolument : tout se réduit à une simple différence de degré au sein de la notion de société conjugale.

I. — La notion de société conjugale.

C'est à la société ainsi constituée par le régime matrimonial qu'il convient de réserver l'appellation de société conjugale. On peut éprouver quelque doute à se servir de cette appellation, pour ce qu'elle a été trop longtemps compromise par un sentimentalisme vague. Il n'y a, cependant, aucun inconvénient à l'employer, à condition de lui attribuer, une fois pour toutes, une acception rigoureusement technique et conforme, d'ailleurs, à son sens littéral. La société conjugale n'est pas une périphrase du mariage. C'est, répondant à la définition de l'article 1832, la société qui s'établit entre les époux du fait du régime matrimonial ou, si l'on préfère, c'est le régime matri-

avec l'aide de ses associés, de sa femme et de ses enfants; et à l'égard de la femme, elle a invoqué cette raison suggestive que l'épouse « est, en fait, *l'associée de son mari* ». L'interprétation ministérielle se trouve d'ailleurs reproduite en doctrine (Capitant et Cache, *Précis de législation industrielle*, n° 287) et en jurisprudence (Crim., 7 mars 1907, D., 1907. 1. 305, note Lacour). Mais M. Lacour en a vivement critiqué la forme : « Si la femme, dit-il, a le plus souvent des intérêts pécuniaires communs avec le mari, c'est parce que les époux sont mariés sous le régime de communauté; il n'en serait plus de même avec d'autres régimes, notamment dans le cas de séparation de biens : faudrait-il appliquer alors le principe de l'interdiction ? » Il serait sans doute téméraire de prétendre que le rédacteur de la circulaire a eu une vue très nette de la question; mais, n'en déplaise à M. Lacour, la femme, quel que soit le régime matrimonial, est certes toujours l'associée du mari dans la société conjugale, et il n'est pas impossible que cette vérité scientifique, perçue grossièrement dans une de ses conséquences les plus éloignées, ait été l'inspiratrice subconsciente de la solution officielle.

monial lui-même considéré dans sa nature juridique de société.

Il importe de bien comprendre en quoi l'on peut dire que le régime matrimonial constitue une société. Le régime matrimonial est, en soi, une institution juridique : c'est une institution qui se présente comme la contre-partie inéluctable du mariage et qui a pour objet de régler la condition juridique des biens des époux, tant dans les relations entre époux qu'à l'égard des tiers. Seulement l'intervention de la notion d'institution ne résout nullement le problème de la nature juridique du régime matrimonial. Le monde du Droit est peuplé d'institutions juridiques; mais tandis que les unes vivent à l'état d'autonomie, les autres s'assemblent, selon leurs affinités de nature, dans des rapports de classification scientifique. L'institution du régime matrimonial se rattache ainsi à l'institution de la société. Cela ne signifie pas (et ne peut pas signifier) que le régime matrimonial lui-même, en tant qu'institution juridique, combinaison de règles de droit, soit une société. Cela veut dire simplement que les règles de droit dont il se compose ont un contenu tel, et sont agencées de telle sorte, qu'elles aboutissent à constituer le groupement des époux en société. Il est entendu que la société conjugale, organisée par le régime matrimonial, se diversifie, dans sa structure et dans son fonctionnement, suivant les types concrets de régimes. Sous cette diversité de fait, la nature essentielle du régime matrimonial ne cesse pas d'apparaître : même dans le régime dotal, où le concept adventice de fondation apporte une complication particulière, ce concept n'intervient qu'après s'être greffé sur la notion de société. On est donc en droit de conclure à l'existence d'une notion abstraite de société conjugale, traduisant la nature juridique du régime matrimonial abstrait.

Nous rompons par là avec les traditions de la doctrine.

Les auteurs — aussi bien Exégètes que contemporains — ont toujours répugné à la recherche de la nature juridique du régime matrimonial abstrait. Passe encore, selon eux, pour la nature d'un régime concret, de la communauté, par exemple, au sujet de laquelle on consent à parler de société, voire du régime dotal, qui évoque la constitution d'usufruit — mais le régime matrimonial en général embrasse tant d'applications hétérogènes qu'il ne peut pas être autre chose qu'une institution juridique autonome. Quand un auteur isolé se hasarde à le rapprocher de quelque institution différente, ce n'est guère qu'incidemment, sous la forme d'image pittoresque plutôt que de déduction scientifique. Tel paraît être le cas de M. Chéron, qui, projetant sur le régime matrimonial abstrait une idée déjà émise à l'occasion du régime de séparation de biens, vient à trouver l'explication suprême du régime matrimonial dans un rattachement au contrat d'hôtel : « Quel que soit le régime matrimonial adopté, écrit-il, le mot célèbre de Pothier reste rigoureusement exact: la femme est en pension chez son mari...; elle lui paie, sous des formes diverses, une certaine somme, une certaine redevance, moyennant laquelle il se charge de l'héberger, elle et ses enfants. » (13). Nous ne pensons point que cette conception de la pension conjugale ait grande chance de supplanter la notion de société conjugale, car M. Chéron fait vraiment trop bon marché de l'*affectio societatis*, de cette volonté d'union, de cette acceptation commune des risques, qui est aussi inhérente au régime matrimonial qu'elle est étrangère au contrat d'hôtel. En réalité, un seul jurisconsulte a entrevu, sous un jour scientifique, le problème de la nature juridique du régime matrimonial abstrait : c'est Colmet de Santerre. Son bref exposé nous a servi de table d'orientation au seuil de notre étude. Nous pouvons main-

(13) Chéron, *La contribution des époux aux charges du ménage et la loi* du 13 juillet 1907 (*Revue trimestrielle*, 1909, p. 747).

tenant en apprécier la justesse, puisque l'aboutissement de nos propres travaux réside dans cette notion de société conjugale, qui n'est que l'expression synthétique de la pensée de Colmet.

Jusqu'ici, c'est par la voie de la technique que nous sommes parvenu à la notion de société conjugale — en faisant surgir, au sein de l'institution juridique du régime matrimonial, les éléments constitutifs de la société. La notion de société conjugale n'est pas pourtant une notion exclusivement technique, construction artificielle du législateur. Elle est un produit de la science, pétri par la technique; elle puise sa substance dans les sources réelles du Droit, dans une réalité à la fois expérimentale et rationnelle. La réalité expérimentale est formée, en l'espèce, pour employer le langage de M. Gény, de données strictement naturelles (comme le mélange des meubles), de données historiques, qui ne sont pas les plus considérables (comme la structure traditionnelle du régime de communauté), de données idéales, enfin (consistant dans l'aspiration du milieu social vers une traduction plus parfaite du rôle d'associée de l'épouse). Parmi les données naturelles, les données économiques doivent être mises hors de pair à raison de leur très grande importance. L'économie politique nous montre dans le groupement de l'homme et de la femme la première société de consommateurs et de producteurs. « Le ménage, constate Charles Gide, a été dans ses origines une association surtout économique »⁽¹⁴⁾. M. Nogaro déclare à son tour : « Il suffit..., à défaut d'une connaissance approfondie de nos mœurs, de considérer l'organisation juridique de la famille pour constater qu'elle constitue, à certains égards, un groupement économique. Et sans même relever que des considérations d'ordre économique ont souvent une influence détermi-

(14) Gide, *Cours d'économie politique*, 6^e éd., I, p. 234.

nante dans la constitution de l'association conjugale, on se rend compte aisément que la communauté de l'existence et la présence, dans le groupe familial, d'individus en bas âge implique, pour le moins dans la consommation des biens, un communisme qui en fait une véritable unité économique. De plus, l'homme, la femme, et souvent aussi les enfants adolescents ou adultes, se répartissent généralement les tâches selon leurs aptitudes, de manière à pourvoir aux besoins communs. » (15). A ces données expérimentales s'unissent des données rationnelles, qui les épurent et les ennoblissent. La raison exige que le régime matrimonial s'harmonise, dans sa nature, avec le mariage, auquel il est indissolublement lié. Puisque le mariage implique une convergence spirituelle et active sur le terrain personnel, le régime matrimonial doit postuler la même convergence sur le terrain pécuniaire. Or, en face d'innombrables institutions juridiques qui n'ont d'autre mission que de tenir en respect des prétentions égoïstes et rivales, il existe une seule institution qui ait pour objet d'établir une convergence sympathique des activités de deux individus vers des fins économiques communes : c'est la société. La notion de société conjugale plonge ainsi ses racines dans l'élément rationnel des règles de droit, c'est-à-dire dans la notion même de droit.

II. — Objet social de la société conjugale.

On entend par objet social l'ensemble des opérations d'ordre économique en vue desquelles la société s'est constituée ; c'est le but de la société, la catégorie d'exploita-

(15) Nogaro, *Traité élémentaire d'économie politique*, 2^e éd., p. 47. — Le principe de l'imposition par foyer, dans notre législation de l'impôt global sur le revenu, s'inspire manifestement de cette idée que le ménage constitue un groupement économique. V. sur ce point Allix et Lecercelé, *L'impôt sur le revenu*, II, p. 111 et suiv.

tion qu'elle poursuit ⁽¹⁶⁾. La détermination de l'objet social fait apparaître la physionomie concrète et particulariste qu'une société revêt, dans le milieu économique, au point de vue biologique ou fonctionnel.

Pour connaître l'objet social de la société conjugale, il n'est pas de meilleur moyen que de chercher ce qui se passerait en l'absence de cette société. Emettons l'hypothèse gratuite d'une législation où n'existerait pas le moindre embryon de régime matrimonial, où l'organisation de l'union sexuelle ne s'appuierait sur aucune organisation économique — supposition nécessitant, du reste, un réel effort de pensée, tant on a peine à concevoir un mariage qui n'entraînerait pas, entre les conjoints, des rapports patrimoniaux, si rudimentaires qu'ils fussent. Les conséquences hypothétiques d'une telle législation peuvent se dépeindre dans le tableau suivant :

1° Chacun des deux époux est obligé de pourvoir à sa propre subsistance : l'insuffisance de ses facultés ne lui ouvre pas de recours contre l'autre. Chacun est tenu de supporter en totalité les frais d'entretien¹ et d'éducation des enfants communs sans être assuré de pouvoir s'en décharger pour partie sur son conjoint, même solvable : la participation à ces frais, s'il y a participation, a lieu au hasard des paiements ou des poursuites.

2° La cohabitation n'est réalisée que dans la mesure réduite exigée par l'union sexuelle : il y a lit commun et ménages séparés. Economiquement parlant, les consommations des époux restent individuelles et isolées, génératrices de doubles emplois et de déperditions.

3° Un conjoint ne peut user, pour ses affaires personnelles, que de son propre crédit. Il offre d'autant moins de « surface » à ceux avec qui il traite.

(16) Comp. Gégout, *Filiales et groupements de sociétés*, Thèse Paris, 1929, n° 28; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Sociétés*, n° 63; Hémar, *Nullités de sociétés et sociétés de fait*, n° 20.

4° Chaque époux acquiert pour son propre compte, sans avoir part aux gains de l'autre. Une collaboration a beau s'établir, en fait, par la force des choses; les deux économies d'acquisition n'en demeurent pas moins distinctes.

5° Le mariage n'assure pas plus la quiétude de la vieillesse que l'aisance du présent. A la prévoyance individuelle de chaque conjoint incombe de se garantir contre les vicissitudes futures : l'autre époux et ses ayants cause ne seront obligés à rien.

Il n'est guère besoin de souligner les inconvénients sérieux (et même, en certains cas, les véritables impossibilités de fait) que susciterait pareil système : insécurité de la subsistance quotidienne, gaspillage ménager, précarité du crédit, stérilité de la collaboration conjugale, incertitude de l'avenir. Contre de tels inconvénients, chaque conjoint pourrait, il est vrai, songer à se prémunir par des combinaisons extramatrimoniales. Il pallierait le risque signalé au n° 1 en s'affiliant à une société de secours mutuels. Pour obvier à l'excès de dépense déploré sous le n° 2, il adhérerait à une société coopérative de consommation. Il accroîtrait son crédit (n° 3) en entrant dans une société de caution mutuelle. Afin de faire participer son conjoint à ses acquisitions (n° 4), il contracterait avec lui une société ordinaire. Par une assurance en cas de survie, il écarterait le danger indiqué au n° 5. Mais, en réalité, tout ce mécanisme serait particulièrement lourd, compliqué, propre à rebuter les époux; et d'ailleurs, dans notre pays, les organismes d'assurance et de coopération n'ont pas atteint un développement suffisant pour répondre aux divers besoins envisagés.

La solution du Droit positif est plus simple. Isolé, chaque conjoint est en butte à des difficultés. Pour en diminuer le poids, les deux époux, au lieu de s'adresser à des tiers, vont s'associer entre eux dans le régime matrimonial. La loi leur offre un assortiment de types de société

tés, satisfaisant en tout ou partie aux desiderata exposés. Tous les régimes, sans exception, résolvent les inconvénients énoncés aux n^{os} 1 et 2; à dire vrai, c'est là qu'est proprement l'essence de la société conjugale. Les différents régimes de communauté répondent aux n^{os} 3 et 4. Enfin, certaines modalités de la communauté conventionnelle, sous forme de gains de survie, suppriment les préoccupations du n^o 5. Il est impossible de ne pas remarquer l'étonnante variété des objets sociaux qu'un régime répandu, tel que la communauté d'acquêts avec attribution de l'usufruit au survivant, est susceptible de condenser dans l'élégante simplicité de son mécanisme : un régime de ce genre reproduit en miniature au moins cinq modèles concrets de sociétés.

De ce qui précède, cependant, il ne faut point conclure que la société conjugale soit une société d'assurances mutuelles ou de coopération, s'intégrant dans les catégories ordinaires qui fonctionnent entre individus non liés par mariage. Tout comme la conception d'un contrat d'assurance formé entre deux personnes⁽¹⁷⁾, la conception d'un groupement mutualiste ou coopératif réduit à deux membres serait un abus de raisonnement technique, sans contact avec le milieu expérimental. Ce que nous nous contentons d'affirmer, c'est que la société conjugale est une société qui a pour objet social de réaliser entre les conjoints un mécanisme d'assurance, de consommation, de crédit coopératifs, mécanisme générateur de bénéfices. Le mariage en soi est une source de risques : la procréation des enfants en mariage est une entreprise dont les répercussions futures sur le patrimoine de chaque époux ne peuvent être calculées d'avance. Envisagée sous son aspect le plus abstrait et le plus général, il faut dire que

(17) Comp. Hémard, *Théorie et pratique des assurances terrestres*, I, n^{os} 46 (et note), 53 et suiv.

la société conjugale a pour objet social de répartir entre les époux les risques inhérents au mariage, ou, en d'autres termes, les charges du mariage.

Connaissant l'objet social de la société conjugale, il nous est facile, maintenant, d'entrevoir la place que le régime matrimonial occupe dans la vie de la nation. et les relations qui l'unissent aux autres facteurs de notre civilisation actuelle. On a signalé, dans la France d'après-guerre, une vogue croissante du régime de séparation de biens; les uns pour s'en réjouir, les autres pour s'en lamenter, on y a vu un affaiblissement de l'idée de société conjugale et une menace de désagrégation du ménage. Mais ce que nous savons de la nature juridique des régimes matrimoniaux nous permet d'écarter de tels présages : le régime de séparation de biens répond à la notion de société, au même titre que le régime de communauté. Si quelque danger plane sur l'avenir du concept de société conjugale, il faut le chercher ailleurs. La société conjugale n'a pas grand'chose à redouter d'une évolution qui tend simplement à modifier ses formes; elle aurait, au contraire, beaucoup à redouter d'une évolution qui tendrait à la vider de sa substance, en épuisant secrètement le contenu de son objet social. Or, sous le couvert des lois de prévoyance sociale, c'est bien cette évolution qui se poursuit devant nous. La législation de la prévoyance sociale aboutit à créer un patrimoine « ouvrier » — au sens large du mot — qui, dans sa formation, sa consistance, son administration, ses modes de transmission, est tout à fait différent du patrimoine de droit commun ⁽¹⁸⁾, et qui n'entre en contact avec la société conjugale qu'en en faussant la structure et le fonctionnement. Les avantages

(18) Alexandre Alvarez, *De l'influence des phénomènes politiques, économiques et sociaux sur l'organisation de la famille moderne*, thèse Paris, 1899.

économiques que le régime matrimonial procure par un mécanisme d'assurances privées, les lois ouvrières s'efforcent de les offrir aux époux, à meilleur compte, par un mécanisme d'assurances sociales⁽¹⁹⁾. Que l'on imagine un pays où tous les risques de la vie quotidienne seraient couverts par un système universel et parfait d'assurances sociales, où tous les besoins de consommation seraient satisfaits par une coopération obligatoire : la société conjugale n'aurait plus — si l'on ose dire — qu'à fermer boutique, pour la bonne raison que sa clientèle serait passée tout entière à l'entreprise d'Etat. Ce serait la mort du régime matrimonial par l'extinction de son objet. Bien entendu, quoique des lois comme celle du 30 avril 1930 aient pu précipiter le mouvement, une telle éventualité est encore à longue échéance. Bornons-nous, d'ailleurs, à enregistrer le phénomène sans le qualifier en bien ou en mal. Nous nous sommes interdit le domaine des prophéties sociologiques; et les hypothèses que nous venons d'émettre n'ont d'autre but que d'apporter une précision nouvelle, sous l'angle de la notion d'objet social, à la nature juridique du régime matrimonial abstrait.

III. — Place de la société conjugale dans les diverses classifications des sociétés.

La notion d'objet social nous mène au pied d'une première classification des sociétés : sociétés civiles et sociétés commerciales. Une société sera considérée comme civile ou comme commerciale (avec toutes les conséquences importantes qui dérivent de cette distinction, notamment au point de vue de la faillite) selon que son objet social consistera *principalement* en opérations

(19) V. sur la différence de l'assurance privée et de l'assurance sociale, Hémard, *Théorie et pratique des assurances terrestres*, nos 432 et suiv.

civiles ou en opérations de commerce. Seulement quel est le critérium de la commercialité? S'il fallait s'en tenir restrictivement, comme le proposaient les Exégètes, à l'énumération de l'article 632 du Code de commerce, la question serait bien vite résolue, et résolue contre le caractère commercial de la société conjugale. Mais la doctrine et la jurisprudence modernes, n'attribuant à l'article 632 qu'une portée purement énonciative, préconisent une notion extensible de la commercialité⁽²⁰⁾. La commercialité, ainsi entendue, englobe toute participation, toute entremise spéculative dans la circulation des richesses mobilières et des services. On peut se demander si un tel critérium est applicable à l'objet social de la société conjugale.

Une réponse négative nous paraît s'imposer. A l'occasion des divers régimes matrimoniaux, nous avons successivement conclu que chaque type de société conjugale se classait dans la catégorie des sociétés civiles. L'examen général et abstrait de la notion de société conjugale n'est pas de nature à modifier cette opinion. Ce n'est pas que l'élément spéculatif fasse défaut à la société conjugale : l'idée de spéculation, au sens large du terme, est inhérente à la notion de bénéfice, donc à la notion même de société. Mais il est impossible de retrouver dans la société conjugale, dont l'activité sociale se meut à l'intérieur du cercle de l'économie familiale, cette participation à la circulation des produits et des capitaux, cette action d'intermédiaire entre consommateurs, producteurs et capitalistes, qui constitue l'essence de la commercialité. Aussi bien s'accorde-t-on à reconnaître que les opérations des groupements d'assurances mutuelles, de crédit mutuel et de consommation coopérative n'offrent rien de commercial, tant qu'elles ont lieu exclusivement entre les

(20) V. par ex. Lacour et Bouteron, *Précis de droit commercial*, t. I, n° 27.

associés⁽²¹⁾. Par identité d'objet social, il faut décider que la société conjugale, envisagée *in abstracto*, est une société civile.

Mais la situation n'est-elle pas susceptible de changer, lorsqu'il se trouve que l'un ou l'autre des époux exerce lui-même des actes de commerce et en fait sa profession habituelle? La qualité de commerçant ne va-t-elle pas rejaillir de l'époux associé sur la société conjugale? et éventuellement, qui plus est, de la société conjugale sur l'autre époux? Tant que le conjoint commerçant est *in bonis*, la question passe inaperçue; ce n'est qu'au jour de la faillite qu'éclate brutalement la nécessité d'une solution. Avant de se prononcer abstraitement, il est indispensable d'étudier la situation régime par régime.

Sous le régime de séparation de biens, pas de doute : le commerce exercé par l'un quelconque des époux est sans influence sur la nature de la société conjugale. Cela est tellement vrai que, dans le cas de faillite de l'époux, la loi et la jurisprudence prennent soin de soustraire au dessaisissement les sommes et effets nécessaires aux besoins immédiats du ménage, c'est-à-dire, au fond, tout l'actif social de ce type de société conjugale⁽²²⁾.

Avec le régime dotal, les difficultés commencent, tout au moins dans l'hypothèse où l'époux commerçant use, pour son commerce, de valeurs dépendant de la société conjugale, à savoir : de revenus dotaux, ou de meubles

(21) Comp. Houpin et Bosvieux, I, n° 145-20°; II, n°s 1634, 1842, 1846 (et les références); Vavasseur (7^e éd., par Bonnecase), I, n. 363-17°. — Toutefois, il ne faut pas perdre de vue que des sociétés ordinaires à objet civil peuvent revêtir la forme commerciale et que, plus spécialement, diverses lois (lois du 13 mars 1917, art. 6, du 5 août 1920, art. 21), ont imposé cette forme à certaines catégories de sociétés de crédit mutuel.

(22) Art. 469-1^o et 474 C. com. En dépit de contestations exégétiques (Lyon-Caen et Renault, VII, n° 242), ces textes doivent se combiner avec les dispositions plus larges de l'article 592 du Code de procédure. La pratique se montre, sur ce point, très libérale. Comp. Thaller et Percerou, *Faillites*, I, n° 528.

fongibles acquis à la société en vertu des règles du quasi-usufruit. Toutefois, quand il s'agit du mari, on ne voit pas comment sa qualité personnelle de commerçant se communiquerait à la société conjugale. Considérons plutôt le mécanisme de la faillite : la jouissance maritale sur les biens dotaux ne sera pas englobée dans le dessaisissement, ou bien, en mettant les choses au pire, n'y sera englobée que pour la portion qui excède les besoins du ménage; or cet excédent appartient au mari, à titre de bénéfice social. La société conjugale n'est donc pas entraînée dans la faillite : elle a pu avancer des fonds dans l'intérêt du commerce du mari; elle n'en reste pas moins société civile. Du côté de la femme commerçante, le problème est plus délicat. On peut supposer, d'abord, que l'épouse emploie, comme capitaux circulants, des meubles fongibles, des deniers dotaux, que le mari lui a remis, après les avoir tirés du fonds social : ces deniers seront compris dans une éventuelle faillite de la femme. On peut encore concevoir qu'un bien dotal individualisé, par exemple une usine, serve de capital fixe dans l'entreprise commerciale de l'épouse : en ce cas, la nue propriété demeure, en principe, insaisissable à raison de la dotalité (art. 7, C. com.), mais la jouissance (ou le superflu de la jouissance par rapport aux besoins du ménage) devient la proie de la masse⁽²³⁾. Si de tels résultats sont admis, ils ne laissent pas que d'être embarrassants pour la doctrine classique : le mari, en transférant à son conjoint, durant le mariage, tout ou partie de ses droits sur les biens dotaux en vue du commerce, paraît procéder à l'encontre de l'article 1395; aussi Thaller avait-il soutenu qu'il y avait là non pas transfert, mais mandat, que la femme faisait, en réalité, le négoce au compte du mari, et que celui-ci, ayant qualité de commerçant, devait encourir la fail-

(23) Thaller, *De la faillite des différents commerçants* (série d'articles dans la *Revue critique*, 1882-1883), *Rev. crit.*, 1883, p. 138 et suiv. — Comp. Nîmes, 26 févr. 1851 (S., 51. 2. 413).

lite⁽²⁴⁾. Nous-même, partant de notre conception sur la nature juridique du régime dotal, ne sommes-nous pas amené à rendre compte des solutions positives en concluant que, puisque l'actif social est matière de faillite, la société conjugale est société de commerce? Non. Voici quelle est, d'après nous, l'explication du phénomène. La société conjugale est intéressée dans le commerce de la femme sous le couvert d'une association en participation, où la femme joue le rôle de gérante. Elle fait apport à cette participation de valeurs qu'elle extrait de son propre fonds social; et elle reçoit, en échange, une part des bénéfices. Sans doute, depuis la loi du 13 juillet 1907, les bénéfices commerciaux de l'épouse semblent devoir lui rester propres à titre de biens réservés; mais, lorsqu'ils ont été obtenus avec la collaboration d'un capital étranger, il y a lieu de se livrer à une ventilation, et ici, en présence d'une *affectio societatis* peu contestable, la ventilation ne peut rationnellement s'effectuer que sur la base de la notion de société en participation⁽²⁵⁾. Il sied de bien remarquer que la société en participation existe entre la femme et la société conjugale personnifiée, et non directement entre la femme et le mari. Aussi l'objection puisée dans l'article 1395 est-elle inopérante⁽²⁶⁾ : il ne s'agit pas d'une rupture de l'équilibre fixé par les conventions matrimoniales entre les patrimoines des deux conjoints; il s'agit simplement d'une modalité contingente et transitoire de l'activité économique de la société conjugale, d'une com-

(24) Thaller, *loc. cit.*, p. 439.

(25) Comp. Bernard et Bonnet, *La femme mariée commerçante d'après la loi du 13 juillet 1907* (*Revue trimestrielle*, 1910, p. 5 et suiv.), p. 36. — V. en sens contraire, Margat (*La femme mariée commerçante*, p. 177) qui propose de régler la situation sur la base de la notion de prêt à intérêt.

(26) Il serait tout aussi inopérant d'invoquer la prohibition jurisprudentielle qui accable les sociétés entre époux, même les participations (V. par ex. Cass. civ., 7 mars 1888, S., 88. 1. 305). Nous verrons, en effet, un peu plus loin, que la prohibition ne saurait concerner que les sociétés formées entre les personnes physiques des époux, et non celles qui se constituent entre la société conjugale et l'un des conjoints.

binaison de fait par laquelle celle-ci recherche la meilleure utilisation de son actif, en conformité de la notion de bénéfice. On comprend, à présent, comment la société conjugale, tout en étant société civile, peut voir ses biens frappés par des mesures de dessaisissement. Quelque opinion que l'on adopte sur la condition juridique des apports dans la société en participation⁽²⁷⁾, il est certain que le participant peut réaliser son apport en le transférant dans le patrimoine personnel du gérant et en le soumettant par là même à toutes les casualités, telles que la faillite, susceptibles d'atteindre ce patrimoine. La société conjugale ne fait pas autre chose : elle a reçu la jouissance dotale à titre d'apport de la femme associée; elle la repasse à la femme gérante comme son propre apport dans la participation qui se crée; et, malgré l'intérêt qu'elle prend ainsi dans le négoce de l'épouse, son caractère de société civile n'est en rien affecté, puisque, dans une société commerciale en participation, le participant, assimilable à un associé commanditaire, n'acquiert pas la qualité personnelle de commerçant.

Que les explications dégagées pour le régime dotal, abstraction faite de la dotalité, soient applicables au régime sans communauté, cela résulte, à l'évidence, de notre conception touchant la nature juridique de ce dernier régime matrimonial. En particulier, quand une femme mariée avec exclusion de communauté entreprend le commerce du consentement de son conjoint, organe de la société conjugale, on doit reconnaître qu'il s'établit entre elle et cette société une association commerciale en participation, où la société conjugale fait apport de la jouissance que l'épouse elle-même lui avait précédemment apportée⁽²⁸⁾.

(27) Comp. Bonnecase, *Dé la condition juridique de l'apport dans l'association en participation* (*Annales de Droit commercial*, 1908, p. 6 et suiv.); Guidot, thèse précitée, p. 272 et suiv.

(28) Comp. Bernard et Bonnecase, *loc. cit.* — En faveur de l'idée de prêt, Margat, *op. cit.*, p. 170.

Le régime de communauté pose, d'une manière plus aiguë encore, le problème des rapports de l'époux commerçant avec la société conjugale. Nous avons comparé, au point de vue formel, après bien d'autres auteurs, la communauté à une société en commandite. Si le mari s'adonne au négoce avec les fonds de la communauté, ne faut-il pas en venir à dire que la société conjugale constitue une véritable commandite commerciale ? Thaller lui-même avouait qu'il s'en fallait de peu qu'il ne souscrivît à cette conséquence : s'il s'en abstenait, c'était uniquement « parce que le mari, maître de choisir le mode d'emploi des biens communs, avait qualité pour entreprendre le commerce sans avoir obtenu l'adhésion préalable de la femme, et que cet accord spécial, à défaut duquel nulle société n'existe, manquait ou pouvait manquer » (29). En réalité, il y a des raisons plus profondes pour adopter la négative. La communauté conjugale ne saurait être considérée comme faisant sa profession habituelle d'actes de commerce; son objet essentiel l'oriente dans une autre direction : la répartition mutualiste des charges du mariage. Elle est, sans doute, capable d'accomplir isolément des actes de commerce plus ou moins répétés; mais la distinction du principal et de l'accessoire s'impose ici, comme dans l'antithèse société-association, et fait manifestement pencher la balance à l'encontre de la commercialité. C'est donc le mari seul qui est commerçant, lors même qu'il trafique avec des valeurs communes. La société conjugale est certes intéressée dans son négoce, puisqu'elle est appelée à en recueillir une part de bénéfices (30). Mais, ici encore, la situation s'explique grâce à

(29) Thaller, articles précités, *Revue critique*, 1883, p. 37.

(30) Nous disons bien : une part. Sans doute semble-t-il que la communauté recueille l'intégralité des bénéfices commerciaux du mari. Mais, au fond, elle ne reçoit pas tout au même titre. Une partie seulement représente la rémunération de sa participation au commerce; l'autre, gagnée

la notion de société en participation. Entre le mari et la communauté, il se crée une participation en vue du commerce. La communauté réalise son apport en mettant à la disposition du gérant tous ceux de ses biens qui peuvent être utiles à la bonne marche du négoce entrepris; en outre, elle cautionne d'avance tous les engagements du gérant de la participation⁽³¹⁾. Qu'arrivera-t-il au cas de faillite du mari-gérant? D'après notre Droit positif, les valeurs dépendant de la communauté sont incluses dans cette faillite⁽³²⁾. Cela prouve bien que la communauté n'est pas une société commerciale, car, si elle en était une, deux faillites distinctes devraient être organisées : la première pour la société, la seconde pour le mari-commandité; or, c'est une déduction qui n'est admise de personne. Notre système de la participation explique les choses plus aisément. En ce qui concerne les biens communs affectés au commerce, il est tout naturel qu'ils soient englobés dans le dessaisissement du mari : apportés par la société conjugale, ils sont passés dans le patrimoine du gérant de la participation, sauf à celui-ci à rendre compte. Mais, à l'égard des autres valeurs communes, le résultat n'est pas très différent. En effet, la cessation des paiements du mari atteste des besoins urgents de fonds pour la société en participation, et appelle des avances réitérées et accrues de la communauté participante. Celle-ci, en offrant son cautionnement solidaire et illimité au mari-gérant, s'est soumise à lui apporter un concours financier absolu et lui a, par là même, donné emprise sur l'universalité de ses biens. La cessation des

directement par le mari, ne lui est ensuite dévolue que par contre-coup des règles de la société universelle.

(31) Comp. pour des combinaisons analogues dans le droit commun des sociétés en participation : Cass. req., 10 août 1875 (D., 77. 1. 110); et 23 juill. 1877 (S., 77. 1. 403).

(32) Thaller et Percerou, *Faillites*, I, n° 543.

paiements est, en quelque sorte, le gouffre qui aspire, d'un seul coup, tout l'actif de la communauté dans le patrimoine marital. Pour se servir d'une autre analogie, on peut dire que, devant l'étendue du désastre révélé par le jugement déclaratif de faillite, la communauté fait cession de biens. Cela est surtout compréhensible si, comme nous le pensons ⁽³³⁾, le jugement déclaratif emporte de plein droit séparation de biens, donc dissolution de la communauté, facilitant d'autant la désagrégation de la masse commune ⁽³⁴⁾. On entrevoit ainsi quel est le processus de la faillite du mari commun en biens : il n'y a pas faillite d'une société commerciale, amenant par ricochet faillite de l'associé en nom; il y a faillite du gérant d'une société en participation, entraînant indirectement déconfiture et décomposition de la société civile participante. Quant à la compétence du tribunal de commerce pour déclencher ce mécanisme de décomposition à l'encontre d'une société civile, elle n'a pas de quoi nous étonner : c'est, en effet, le cautionnement apporté au mari, gérant de la participation, qui constitue la brèche par où ce mécanisme entre en mouvement; or, la communauté est, en l'espèce, une caution intéressée, et l'engagement d'une telle caution, dans l'opinion qui prévaut, est réputé acte de commerce ⁽³⁵⁾.

A raison des fonctions différentes que remplissent les

(33) V. plus haut, p. 335.

(34) Ce qui nous fortifie dans cette idée, c'est que, d'après l'opinion dominante (Comp. Thaller et Percerou, I, n° 543), la jouissance des propres de la femme n'est pas comprise dans l'actif de la faillite, bien qu'elle soit partie intégrante du patrimoine commun. Il est inconcevable que l'épouse puisse reprendre ainsi son apport en jouissance, si l'on n'admet pas l'idée d'une dissolution de plein droit de la communauté et, par conséquent, d'une dislocation automatique de son patrimoine.

(35) Comp. en ce sens : Dalloz *Supplément*, v° *Acte de commerce*, n° 468; Lacour et Bouteron, I, n° 66; Req., 5 janv. 1859 (D., 59. 1. 403); 27 juin 1888 (D., 89. 1. 115); 21 mai 1906 (D., 1907. 1. 90); Trib. com. Saint-Etienne, 6 mai 1931 (D. H., 1931, 439) et Lyon, 27 juin 1931 (D. H., 1931, 531).

deux époux dans la communauté conjugale, les solutions proposées pour le mari commerçant ne sauraient être transportées symétriquement à la femme commerçante. On se heurte, pour cette dernière, à une question préliminaire née des articles 220 du Code civil et 5 du Code de commerce, qui ont certainement gardé leur vigueur sous l'empire de la loi du 13 juillet 1907⁽³⁶⁾. Les obligations commerciales de la femme grèvent le mari et, partant, la communauté. A quel titre? Il s'est élevé là-dessus une discussion, que nous avons déjà rencontrée⁽³⁷⁾. Les uns pensent que c'est le mari qui est, d'abord et personnellement, obligé, puis la communauté, par un effet réflexe, parce que toutes les dettes du mari ressortissent au passif commun. Les autres estiment que l'épouse oblige directement la communauté, le mari n'étant tenu qu'en tant que commun en biens, comme une sorte de caution réelle, par suite de la confusion de son patrimoine avec les biens de la communauté. En bonne logique, la seconde théorie doit conclure que le mari est engagé civilement, qu'il n'a pas la qualité de commerçant et qu'il n'encourt point la faillite. Il n'est pas sûr, au contraire, que la première théorie aboutisse à des résultats opposés. Seul Thaller a osé pousser les choses à fond : d'après lui, lorsque l'épouse commune en biens se livre au commerce, elle agit, en réalité, pour le compte de son conjoint dont l'autorisation équivaut à un cautionnement et à un mandat; sous le régime de communauté, le mari de la femme commerçante doit donc lui-même être considéré comme commerçant⁽³⁸⁾. En ce qui nous concerne, nous avons soutenu que, grâce à l'in-

(36) En ce sens : Margat, *op. cit.*, p. 218; Planiol, Ripert et Nast, II, n° 1367. — En sens contraire, Valéry, *Les femmes commerçantes et la loi du 13 juillet 1907* (*Annales de Droit commercial*, 1907, p. 398).

(37) V. plus haut, p. 362.

(38) Thaller, articles précités, *Revue critique*, 1882, p. 742 et suiv.; 1883, p. 33 et suiv.

terposition de la communauté en tant que société personifiée, l'obligation contractée par la femme avec l'autorisation du mari pouvait, sans contradiction, n'obliger le mari qu'indirectement tout en l'obligeant personnellement. Mais, s'interposant ainsi pour une série de dettes commerciales, la communauté conjugale ne va-t-elle pas se commercialiser? Il est d'autant plus nécessaire de se le demander que, le plus souvent, la femme utilise, pour son négoce, les valeurs communes, ce qui rend inévitable la comparaison avec la société commerciale en nom collectif. Thaller s'était efforcé de répondre au problème par un système original⁽³⁹⁾, dont il avait trouvé une vague esquisse chez le commercialiste allemand Endemann⁽⁴⁰⁾. Dans ce système, on décide que, sous le régime de communauté, il s'établit entre la femme commerçante et son mari une véritable société en nom collectif, investie de la personnalité morale et pourvue d'un patrimoine autonome. Ce n'est pas, remarquons-le bien, la communauté conjugale elle-même qui se métamorphose en société de commerce; c'est une société commerciale, indépendante et poursuivant un objet social distinct, qui vient se greffer sur la communauté entre époux. De là cette conséquence intéressante que les créanciers commerciaux ayant traité avec la femme peuvent primer, sur les biens communs affectés au commerce (lesquels sont, en effet, inclus dans l'actif de la société en nom), les créanciers ordinaires du mari et de la communauté. Quelques auteurs avaient déjà affirmé cette conséquence, mais, par trop opportunistes, ils n'en donnaient d'autre motif que le besoin de renforcer le crédit de l'épouse⁽⁴¹⁾. Thaller, lui, développe son sys-

(39) Thaller, articles précités, *Rev. crit.* 1883, p. 35-37. — On peut noter que Thaller a abandonné ce système dans son *Traité élémentaire de droit commercial* (n° 172).

(40) Endemann, *Handbuch des deutschen Handelsrechts*, I, § 31.

(41) V. pour l'ancien droit, Savary, *Le parfait négociant* (Parère XXXIV,

tème d'une manière rigoureusement rationnelle; seulement il est contraint de reconnaître que le droit de préférence des créanciers commerciaux ne peut jouer, en fait, qu'autant que l'autorisation maritale, qui a habilité la femme à faire le commerce, a reçu la publicité organisée par la loi pour les constitutions de sociétés. Autant dire qu'un tel système est complètement étranger à notre Droit positif ⁽⁴²⁾. Il peut certes advenir que les conjoints veuillent former entre eux une société commerciale en nom; nous examinerons au paragraphe suivant, si cela est licite, mais il ne pourra s'agir alors que d'une société ordinaire et conventionnelle, soumise en tout aux règles du Droit commun. Ici, ce qu'il faut expliquer, ce sont les effets légaux du commerce de la femme sur le patrimoine de la communauté. Nous croyons que l'explication ne peut être fondée que sur la nature juridique du régime matrimonial. Quand le mari autorise la femme à entrer dans le commerce, c'est la communauté qui, se comportant en société coopérative de crédit, consent, par l'organe de son administrateur, un cautionnement solidaire et illimité pour toutes les affaires de son négoce. La société conjugale s'oblige; et le mari est obligé, par contre-coup, comme un associé personnellement et indéfiniment responsable du passif social : ni la société, ni *a fortiori* l'associé n'ont pour cela la qualité de commerçants. Cependant, si le cautionnement accordé est insuffisant pour imprimer à la société conjugale, qui l'accorde, une commercialité contraire à son objet principal, il n'en constitue pas moins en soi, étant un cautionnement intéressé, un acte de commerce. Les créanciers commerciaux de l'épouse jouissent donc de la faculté d'assigner la communauté et

question 3), et sous la codification napoléonienne : Pardessus, I, n° 69; Bédarride, *Droit comm.*, I, n° 137; Molinier, *Traité de Droit com.*, I, n° 183.

(42) En ce sens, Margat, *op. cit.*, p. 241.

le mari devant les tribunaux consulaires⁽⁴³⁾. La jurisprudence, qui, affirmée par la Cour de cassation dans un arrêt Martinet du 1^{er} avril 1914, repousse cette solution, est non seulement peu pratique, mais aussi peu rationnelle⁽⁴⁴⁾. Que si des biens de la communauté sont employés dans le négoce de l'épouse, il y a lieu de recourir à la notion de société en participation, que nous avons déjà appliquée à diverses hypothèses. Ici, le recours à cette notion est même indispensable depuis la loi du 13 juillet 1907. Les produits du travail de la femme tombant désormais dans le patrimoine réservé, il est nécessaire de ventiler, au sein des bénéfices commerciaux de l'épouse, la part qui revient au travail personnel et celle qui est imputable au capital commun. Selon une idée féconde mise en avant par MM. Bernard et Bonnecase⁽⁴⁵⁾, seule la notion de participation peut fournir une base convenable à la ventilation requise; mais, d'après nous, ce n'est pas entre le mari et la femme, c'est entre la femme et la communauté conjugale qu'il se crée de fait une société commerciale en participation, ayant l'épouse pour gérante. Cela permet de comprendre, la participation n'étant pas dotée de la personnalité morale, pourquoi il ne peut être question d'une préférence des créanciers commerciaux par rapport aux créanciers ordinaires. Cela permet encore de comprendre ce dont aucune théorie classique ne parvient à rendre compte rationnellement : le système de notre Droit positif quant à l'étendue du

(43) En ce sens : Thaller, *Traité élémentaire*, n° 172; Delamarre et Lepoitvin, *Traité de Droit com.*, I, n° 68; Chéron, note D., 1919. I. 110. — *Contra* : Lyon-Caen et Renault, I, n° 262; Lacour et Bouteron, I, n° 114.

(44) Paris, 25 janv. 1895 (D., 95. 2. 230); Trib. comm. Saint-Etienne, 25 juill. 1905 (D., 1906. 5. 25); Cass. civ., 1^{er} avril 1914 (D., 19. I. 110). — En faveur de la compétence des tribunaux consulaires, il y a eu quelques décisions, déjà anciennes, de juridictions du fond; comp. Margat, *op. cit.*, p. 215, note 3, et les références.

(45) Bernard et Bonnecase, *op. cit.*, p. 30.

dessaisissement résultant de la faillite de la femme. La pratique généralement reçue fait entrer dans l'actif de cette faillite la pleine propriété des propres de l'épouse et, en outre, les biens communs affectés au commerce⁽⁴⁶⁾. Rien de plus simple dans notre conception. Apports de la communauté conjugale à la société en participation, la jouissance des propres et la pleine propriété des biens communs nécessaires au négoce sont passées, sauf règlement ultérieur de comptes, dans le patrimoine de la femme-gérante et doivent suivre le sort de ce patrimoine, y compris le dessaisissement. Au contraire, la communauté elle-même ne peut être atteinte par les créanciers commerciaux qu'au moyen de poursuites individuelles, car elle continue à fonctionner comme société civile, la faillite de la femme, à la différence de celle du mari, étant impuissante à provoquer, par le canal de la séparation de biens, la dissolution de cette société et la désagrégation de son actif.

Nous sommes maintenant en droit d'affirmer synthétiquement que *la société conjugale est toujours une société civile* et qu'elle ne saurait, au contact d'un époux commerçant, se teinter à son tour de commercialité⁽⁴⁷⁾. L'hésitation, en la matière, ne peut provenir que d'une insuffisante distinction du principal et de l'accessoire quant à l'objet social⁽⁴⁸⁾. La société conjugale poursuit un objec-

(46) Thaller et Percerou, *Faillites*, I, n° 543 bis.

(47) Cela est, du reste, conforme au droit commun : la jurisprudence décide que les compagnies d'assurances mutuelles ne cessent pas d'être des sociétés civiles lors même qu'elles sont formées entre commerçants pour se couvrir de pertes commerciales (Houpin et Bosvieux, I, n° 145-20°, et II, n° 1842, et les références). V. pourtant Wahl, *Précis de droit com.*, n° 1054.

(48) C'est la distinction du principal et de l'accessoire qui explique que la jurisprudence, tout en affirmant le caractère civil des sociétés d'assurances mutuelles (V. récemment, Civ., 6 mai 1930, *Journ. soc.*, 1931, p. 277), les traite, à l'occasion, en sociétés commerciales, quand il résulte des éléments de la cause qu'elles se sont livrées couramment à des actes de commerce (Trib. com. Seine, 29 janv. 1927, D. H., 1927. 268).

tif principal dont l'étendue est variable selon les régimes, mais qui, tel que nous l'avons décrit, présente constamment un caractère civil. Que l'un des conjoints ait la qualité personnelle de commerçant, la société conjugale va être entraînée, en vue de l'aider dans son négoce, à accomplir des opérations qui, objectivement, constituent des actes de commerce. Ce faisant, elle ne se détourne pas, d'ailleurs, de son objet principal, car l'enrichissement de l'un des époux par le commerce, sous tous les régimes, doit directement ou indirectement profiter à la société conjugale, en facilitant ou en élargissant le soutien pécuniaire des charges du mariage. Mais ce qu'il importe de souligner, c'est que les actes de commerce ainsi réalisés ne sont jamais que secondaires, en importance intrinsèque comme en nombre, et qu'ils se noient dans la masse des opérations civiles auxquelles la société conjugale se livre quotidiennement en harmonie avec son objet essentiel.

Après cette classification reposant sur la notion d'objet social, il est encore possible de classer les sociétés selon que l'élément-personne ou l'élément-capital est prépondérant dans la cohésion de leurs forces organiques. On distingue ainsi les sociétés de personnes (ou sociétés par intérêts) et les sociétés de capitaux (ou sociétés par actions). Il est à peine besoin de dire que *la société conjugale est et ne peut être qu'une société de personnes*, le mariage, synthèse des rapports personnels entre époux, formant le cadre préconstitué où elle est obligée de se mouvoir.

Les deux classifications précédentes se placent à un point de vue fonctionnel ou dynamique. Avec la distinction des sociétés universelles et particulières, un point de vue en quelque sorte structurel et statique s'introduit : les sociétés sont classées suivant que l'apport, envisagé à l'état inerte, détaché du patrimoine de l'associé comme

du patrimoine de la société, apparaît comme une universalité juridique ou comme un bien isolé. Toute société doit être réputée particulière, lorsque les apports des associés (ou, peut-être, de l'un d'eux seulement, mais cette question reste enveloppée d'obscurité) n'ont pas le caractère d'universalités juridiques. Il ne faut pas faire chevaucher sur cette division un critérium tiré de la notion d'objet social, comme semble y inviter l'article 1842 en déclarant particulière la société contractée pour une entreprise désignée. C'est mêler le statique et le dynamique. Si l'on entend les mots au sens large, on peut dire que la société universelle, elle aussi, se constitue par une entreprise désignée, qui consiste à accroître le confort de la vie par une mise en commun des activités et des capitaux. Quoi qu'il en soit, *la société conjugale est société universelle ou particulière selon les régimes matrimoniaux*. Sous la communauté, elle est toujours société universelle. Sous le régime sans communauté, elle est société universelle d'une manière unilatérale et limitée à la jouissance, donc imparfaite; il en est de même sous le régime dotal avec constitution de tous biens. Partout ailleurs, elle est société particulière.

Une dernière classification est concevable si l'on considère l'étendue de la responsabilité des associés. Seulement cette classification nous fait aborder un point de vue tout à fait concret; elle nous met en contact direct avec les types mêmes de sociétés : société civile dans son type traditionnel, société en nom, commandite, société anonyme, société à responsabilité limitée, etc. La société conjugale *in abstracto* ne saurait entrer dans une telle classification. C'est aux divers types concrets de société conjugale qu'il convient de se reporter. Or, en étudiant, pour chacun de ces types, l'étendue de l'obligation des époux, nous avons relevé des analogies plus ou moins profondes, tantôt avec la société en nom collectif, ou la société civile

(séparation de biens, régime dotal, exclusion de communauté), tantôt avec la commandite (communauté). Des analogies, mais non des identités : *le mécanisme du passif social différencie les sociétés en catégories autonomes et crée autant de types concrets de sociétés conjugales qu'il y a de régimes matrimoniaux.*

§ 3. — *La nature juridique du régime matrimonial, considérée du point de vue de la notion de société, dans ses rapports avec diverses théories du droit privé.*

On examinera, dans ce paragraphe, trois théories, édifiées surtout par la jurisprudence, et concernant respectivement les sociétés entre époux, les sociétés de fait entre concubins et les sociétés de fait utilisées pour le règlement des intérêts des pseudo-époux après l'annulation d'un mariage non putatif. Ces théories sont liées à la nature juridique du régime matrimonial par une relation que l'on jugerait à tort superficielle et purement verbale. Consciemment ou inconsciemment, la jurisprudence a été influencée, dans leur élaboration, par la notion de société conjugale. Nous aurons seulement à nous demander si cette influence, pour être restée trop fragmentaire, n'a pas entraîné des solutions partiellement inexactes; et, reprenant à notre tour les trois théories, nous les transformerons en autant de déductions rigoureuses de la nature juridique du régime matrimonial en tant que société.

I. — Les sociétés entre époux.

Avant de porter une appréciation critique et de proposer de nouvelles formules, il convient de rappeler les grandes lignes de la théorie jurisprudentielle.

A

Selon la jurisprudence, les sociétés entre époux sont nulles. — Tel est le principe; mais sa portée a besoin

d'être précisée sous le quadruple rapport du degré de fermeté de la jurisprudence, du type des sociétés ainsi frappées, de la personne des associés et du caractère de la nullité.

La jurisprudence, à l'heure actuelle, donne sur ce point une impression de fermeté inébranlable. Pourtant, elle n'en est pas arrivée là d'un seul coup. Deux phases peuvent être discernées. Dans la première moitié du *xix*^e siècle, s'étend une période obscure, où le traitement des sociétés entre époux est un peu incertain. Pris entre des sentiments contradictoires : d'une part, le souvenir de l'ancien Droit, qui sanctionnait la prohibition générale des contrats à titre onéreux entre conjoints; d'autre part, les scrupules d'exégèse en l'absence d'un texte codifié directement prohibitif, les tribunaux durent éprouver quelque hésitation. Le penchant exégétique semble, cependant, avoir été le plus fort, du moins si l'on en juge d'après un arrêt Thierry du 23 novembre 1812, où la possibilité d'une société entre époux se trouve admise par la Chambre civile de la Cour de cassation ⁽⁴⁹⁾. N'empêche que, dès ce moment, il y avait débat latent en jurisprudence comme il y avait débat ouvert en doctrine. On inaugure une seconde phase avec l'arrêt Gavelle, rendu par la Chambre criminelle, le 9 août 1831 ⁽⁵⁰⁾ : le principe de la nullité des sociétés entre époux est posé, et il va aller en s'affermissant. Si, en 1860, dans l'arrêt Pomier, la Chambre des requêtes se montre encore peu explicite ⁽⁵¹⁾, en 1888, par l'arrêt Legendre, la Chambre civile, renversant ses positions ⁽⁵²⁾, fait franchir un pas décisif à la théorie : la théorie jurisprudentielle, telle qu'elle existe aujourd'hui,

(49) Civ., 23 nov. 1812, S. chr.

(50) Crim., 9 août 1831 (D., 52. 1. 160), décidant que la femme n'encourt pas les peines de la banqueroute.

(51) Req., 7 févr. 1860 (D., 60. 1. 115).

(52) Dans un arrêt du 5 mai 1887 (S., 59. 1. 490), elle semblait encore répugner à se mettre à l'unisson de la Chambre criminelle.

est déjà tout entière dans l'arrêt Legendre ⁽⁵³⁾. Depuis lors, avec une multiplicité qui témoigne d'un puissant et tenace courant de pratique en sens contraire, les décisions de la Cour suprême n'ont pas cessé de se succéder dans une unanimité imposante ⁽⁵⁴⁾. Les adversaires du système jurisprudentiel en sont réduits à ne plus rien espérer que d'une réforme législative.

Tous les types de sociétés ne sont pas frappés indistinctement par la jurisprudence. La nullité ne s'applique, en règle, qu'aux sociétés de personnes ⁽⁵⁵⁾. Mais, parmi les sociétés de personnes, il n'y a pas d'exception. Les sociétés civiles, aussi bien particulières qu'universelles, les sociétés commerciales, aussi bien en participation qu'en nom collectif — toutes tombent sous le coup de la théorie jurisprudentielle.

Pour ce qui est de la personne des associés, la nullité n'atteint que les sociétés formées entre *époux*. La qualité abstraite d'*époux* est seule prise en considération, indépendamment des variétés concrètes de régimes matrimoniaux : en fait, les hypothèses de séparation de biens, conventionnelle ou judiciaire, n'ont pas suscité moins d'arrêts que les hypothèses de communauté ⁽⁵⁶⁾. Il semblerait que la qualité d'*époux* dût s'apprécier au moment de la consti-

(53) Civ., 7 mars 1888 (S., 88. 1. 303, note Lacointa, D., 88. 1. 349).

(54) Il suffit d'énumérer les principaux arrêts : les arrêts Guillet-Toutée (Req., 8 déc. 1891, S., 92. 1. 293; D., 92. 1. 117), Pesant (Req., 23 avril 1902, S., 1904. 1. 506; D., 1902. 1. 309), Chauffournier (Civ., 5 mai 1902, S., 1903. 1. 41, note Hémard; D., 1903. 1. 207), Deroze (Req., 19 mai 1908, D. 1908. 1. 339), Garnaud (Civ., 23 janv. 1912, S., 12. 1. 148, D., 12. 1. 481, note Bouvier-Bangillon), Gille et Revelard (Civ., 24 févr. 1913, S., 16. 1. 81, note Wahl; D., 13. 1. 141, note Malepeyre), Templier (Civ., 3 juill. 1917, D., 17.1. 127), Durand (Req., 1^{er} févr. 1926, S., 26. 1. 434).

(55) Comp. Vavasseur (7^e éd.), I, n° 349. — V. toutefois, pour le cas où les époux figureraient ensemble dans une société anonyme comme souscripteurs d'origine : Civ., 14 déc. 1881 (S., 83. 1. 33).

(56) V. pour des sociétés entre époux séparés de biens les arrêts précités Pomier, Legendre, Deroze, Garnaud, Templier; et pour des sociétés entre époux communs en biens les arrêts Gavelle, Guillet-Toutée, Pesant, Chauffournier, Gille et Revelard.

tution de la société. Ce n'est pas l'avis de la jurisprudence. D'après elle, une société, originellement valable comme contractée entre personnes étrangères l'une à l'autre, devient nulle, si les associés se marient ultérieurement entre eux ⁽⁵⁷⁾. Pour employer une formule générale, la nullité doit être prononcée, que l'acte de société soit antérieur, concomitant ⁽⁵⁸⁾ ou postérieur au mariage, et que chacun des conjoints y ait été lui-même partie ou ait acquis par succession les droits sociaux de son auteur ⁽⁵⁹⁾. La présence d'un tiers associé ne change rien, en soi, à la situation : il ressort des arrêts, comme un principe indubitable, que la société formée entre les époux et un tiers est nulle au même titre que la société formée entre les seuls époux ⁽⁶⁰⁾. Cependant, par une interprétation très remarquable, la jurisprudence a beaucoup réduit le champ d'application de ce principe. Pour que la société existe entre les conjoints, il ne suffit pas, en effet, que l'acte constitutif réunisse le mari et la femme en face d'un tiers, il faut encore que chaque conjoint joue individuellement le rôle d'associé. Si les époux peuvent être regardés comme ne représentant à eux deux qu'une seule partie, « une seule tête », comme stipulant solidairement au nom de la communauté qui est, par hypothèse, leur régime, il n'y aura plus société prohibée entre les conjoints et un tiers, mais société valable entre un tiers et la communauté. Bien que cette interprétation capitale, dont nous aurons à faire état au point de vue de la nature juridique

(57) Paris, 9 mars 1859 (S., 59. 2. 502); Dijon, 27 juill. 1870 (S., 71. 2. 268); Nîmes, 18 déc. 1886 (sous Cass., S., 87. 1. 384).

(58) V. pour une société constituée par contrat de mariage, l'arrêt Chauvournier précité.

(59) En ce sens, Hémard, *Nullités de sociétés et sociétés de fait*, n° 62. — *Contra* Houpin, *Journal des sociétés*, 1909, p. 97-103. — L'arrêt précité Gille et Revelard semble avoir condamné l'opinion de M. Houpin, mais il est difficile d'attribuer à cet arrêt (rendu, d'ailleurs, en matière fiscale) une portée décisive sur le point discuté.

(60) V. les arrêts précités Chauvournier et Garnaud.

du régime matrimonial, se trouve déjà approuvée, en 1847, dans l'arrêt Lebel de la Chambre des requêtes⁽⁶¹⁾, le monument fondamental en la matière est un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 4 janvier 1885, l'arrêt Veissière⁽⁶²⁾, et depuis cette date, ce sont les juridictions du fond qui ont développé le système⁽⁶³⁾. Actuellement, il faut admettre que la société conclue entre les époux et un tiers est validée toutes les fois que les époux ont des intérêts communs. « Or, ainsi que le note M. Hémard⁽⁶⁴⁾, on peut toujours leur en trouver en cas de société, et ils en ont nécessairement en cas de communauté ». Pour enlever à la femme commune en biens, au profit de la communauté, la qualité personnelle d'associée, les tribunaux s'attachent à toutes les circonstances de fait. Pas de doute « quand la femme n'est investie d'aucun droit d'administration, quand elle n'a ni la gestion des affaires, ni la signature sociale, quand les époux ne reçoivent à eux deux qu'une part égale à celle des autres associés, ou quand ils n'ont qu'un compte unique dans la société... Mais des décisions judiciaires vont plus loin et admettent la même solution quand la signature sociale est attribuée à la femme, quand les époux reçoivent des parts distinctes ou des avantages spéciaux, ou quand les statuts contiennent une stipulation de continuation de la société avec la femme en cas de prédécès du mari (ce qui a précisément pour but de n'attribuer un rôle dans la société à la femme que si elle survit à son mari) »⁽⁶⁵⁾. En somme, lorsque des conjoints, mariés sous le régime de com-

(61) Req., 12 mai 1874 (S., 74. 1. 427).

(62) Paris, 4 janv. 1885, sous Req., 6 févr. 1888 (S., 90. 1. 49, note Labbé).

(63) Trib. civ. Seine, 6 mars 1891 (cité par Houpin, *Journ. soc.*, 1894, p. 87 et suiv.); Trib. civ. Seine, 18 févr. 1896 (*Journ. soc.*, 1897, p. 437); Trib. com. Lyon, 12 juill. 1898 et 8 août 1898 (*Annales de droit commercial*, 1899, p. 16).

(64) Hémard, *op. cit.*, n° 61.

(65) Hémard, *op. cit.*, n° 61.

munauté, entrent en société avec un tiers, la société, quoique n'étant pas forcément valable, sera rarement annulée, tant il sera facile de présumer que le lien social n'existe pas entre les époux, mais seulement entre la communauté (ou le mari qui en est l'organe) et le tiers associé.

Reste à déterminer le caractère de la nullité des sociétés entre époux dans la théorie jurisprudentielle⁽⁶⁶⁾. S'agissant de sociétés illicites comme formées en contravention à des principes d'ordre public⁽⁶⁷⁾, la nullité est une nullité absolue, que tout intéressé peut invoquer et qui n'est pas susceptible de se couvrir par confirmation ou prescription. Cependant, à cette nullité absolue les arrêts font produire les conséquences d'une simple dissolution en ce sens qu'ils ne lui accordent pas d'effet rétroactif. Jusqu'au jour du jugement prononçant la nullité, la société a fonctionné en fait, et l'on ne peut faire abstraction des opérations accomplies : la société entre époux, nulle pour l'avenir, est traitée pour le passé en société de fait; elle conserve, pour le passé, sa valeur contractuelle et l'autonomie patrimoniale qui découle de sa personnalité civile. Ce recours à la notion de société de fait, édicté pour la première fois par l'arrêt Legendre, rapproche notablement, sur le terrain des résultats pratiques, la théorie jurisprudentielle de la théorie doctrinale favorable à la validité des sociétés entre époux. Selon les réflexions très pertinentes de M. Hémar, « personne n'a intérêt à demander la nullité, tant que les affaires sont prospères; au contraire, dès qu'elles viennent à périliter, l'intérêt

(66) V. sur ce point, Hémar, *op. cit.*, nos 66 et suiv. — Comp. sur la notion de société de fait : Vavasseur (7^e éd., par Bonnet), I, nos 252 à 320.

(67) D'ordre public interne et même, d'après un arrêt confus de la Cour d'appel de Lyon, d'ordre public international : Lyon, 24 avril 1929, S., 1931. 2. 25, avec une note critique de M. Niboyet.

des associés, comme aussi celui des créanciers, les pousse à demander la nullité. On en vient presque à dire aux époux qui contractent une société : réussissez, et votre société vivra, le succès justifiera votre contrat. Il n'en reste pas moins, cependant, dans ce système de la jurisprudence, cet inconvénient grave que les sociétés entre époux sont à la merci de tout intéressé, ce qui, en rendant incertain le lendemain, peut entraver le développement des affaires sociales »⁽⁶⁸⁾. La doctrine, d'ailleurs, taxe, sur ce point, les tribunaux d'incohérence : d'après elle, une société nulle à raison de son objet illicite ne saurait donner lieu à une société de fait; tout au plus pourrait-elle dégénérer en une communauté de fait, soumise aux règles de l'indivision⁽⁶⁹⁾. Notons — pour ne plus y revenir (car la question est, à tout prendre, étrangère à notre point de vue) — que la position de la jurisprudence n'est pourtant pas indéfendable : le contrat de société entre époux a beau être nul, il n'est pas inexistant; il a engendré un organisme, un être moral, qui a déployé son activité sur la scène juridique et a noué des relations avec autrui; il y a là une réalité tangible qui s'est imposée aux tiers et qu'on ne peut, sans bouleverser l'ordre des choses, faire disparaître après coup. Avec la notion de société de fait, on s'incline simplement devant ce qui est. Si la jurisprudence manifeste quelque incohérence, c'est plutôt par les concessions qu'elle fait parfois au système de la doctrine, en paralysant, à certains égards, la valeur contractuelle et l'autonomie patrimoniale de la société de fait entre époux, non seulement pour la liquidation entre les associés⁽⁷⁰⁾, où la chose se comprendrait, à la rigueur,

(68) Hémar, note S., 1905. 1. 44, sous l'arrêt Chaufournier.

(69) Hémar, *Nullités de sociétés et sociétés de fait*, nos 69-71; Bouvier-Bangillon, note D., 1912. 1. 481, sous l'arrêt Garraud; Cottet, *De la nullité des sociétés entre époux*, thèse Lyon, 1920, p. 68-69.

(70) La plupart des arrêts se refusent à tenir compte, sur ce point, du pacte social; et ils appliquent, en général, à la liquidation de la

comme une application du droit commun ⁽⁷¹⁾ — mais aussi dans les rapports de la société avec les tiers, où ce retour partiel à l'idée d'indivision ne se comprend plus du tout ⁽⁷²⁾.

La portée de la théorie jurisprudentielle ayant été, de la sorte, circonscrite de toute part, le problème essentiel surgit : *quel est le fondement de la nullité des sociétés entre époux*? Il s'est produit, à ce sujet, une évolution. Dans l'arrêt Gavelle, par lequel la Cour de cassation donna le branle à la théorie, les pouvoirs du mari comme chef de la communauté conjugale étaient seuls invoqués, et en une argumentation peu ferme. L'arrêt Pomier, qui suivit, se bornait à utiliser les circonstances de l'espèce, en relevant que la société litigieuse n'avait d'autre but que d'avantager le mari au delà de la quotité disponible de l'article 1098. C'est, ici encore, l'arrêt Legendre du 7 mars 1888 qui a fixé la jurisprudence : « Toute société, y lit-on, existant entre époux, même séparés de biens judiciairement, conférerait à chacun de ses membres une égalité de droits incompatible avec l'exercice de la puissance maritale et modifierait les rapports d'intérêts existant entre eux, contrairement à la règle de l'immutabilité des conventions matrimoniales. » ⁽⁷³⁾. Puissance maritale, immutabilité des conventions matrimoniales, tel est le double leit-motiv que répètent tous les arrêts postérieurs,

société entre époux la règle de l'article 1853 du Code civil. V. notamment les arrêts Chauffournier et Templier. — Comp. Hémaré, *op. cit.*, n° 68.

(71) V. sur la liquidation des sociétés de fait, en droit commun, dans les rapports entre associés, Cass. civ., 13 juill. 1927 (S., 1928. 1. 9), et la note de M. Solus.

(72) C'est ainsi que la faillite de la société de fait entre époux sera prononcée rarement, parce qu'elle pourrait entraîner la faillite de la femme, ce qui serait contraire — pensent à tort les arrêts — à l'article 3 du Code de commerce. (Comp. Hémaré, *op. cit.*, n° 68). De même, l'hypothèque procédant du chef personnel de l'un des époux grèvera le patrimoine social (Paris, 10 déc. 1896, D., 97. 2. 125; Nîmes, 24 avril 1900, D., 1901. 2. 4, et sur pourvoi Req., arrêt Pesant, précité).

(73) S., 88. 1. 305; D., 88. 1. 349.

et l'on peut tenir pour négligeable l'armure textuelle — empruntée aux articles 1094-1099, 1595, 1840 du Code civil, § du Code de commerce — dont quelques-uns s'entourent accessoirement. Entre les deux grands arguments sur lesquels paraît s'appuyer la jurisprudence, il est assez difficile de discerner lequel est prépondérant : selon Thaller, c'est le premier⁽⁷⁴⁾; selon M. Hémard, c'est le second⁽⁷⁵⁾. Nous estimons, comme M. Hémard, que la source de la théorie jurisprudentielle doit être cherchée du côté du principe de l'immutabilité, mais nous ne pensons pas, à sa différence, qu'elle s'identifie intégralement avec ce principe, qui serait, d'ailleurs, hors de cause en présence d'une société entre époux antérieure ou concomitante au contrat de mariage. Par delà le langage des arrêts, il faut scruter plus avant la psychologie des tribunaux.

Dans le raisonnement de la jurisprudence, la conclusion générale et absolue, que l'on connaît, postule des prémisses absolues et générales, que l'on ne connaît pas. Ni la puissance maritale ni l'immutabilité des conventions matrimoniales ne peuvent constituer ces prémisses, car ce sont des arguments particuliers et relatifs, susceptibles de distinctions et de contingences. Au sein du principe de l'immutabilité, comme au sein du principe de la puissance maritale, il serait possible d'aménager une sphère d'activité licite, où les sociétés entre époux pourraient se mouvoir librement. Or jamais la jurisprudence ne s'est préoccupée de réduire, par des distinctions, la portée de son système à la mesure du double motif invoqué par elle. C'est que son inspiration profonde dépasse ses motifs apparents. Si l'on veut bien ne pas s'arrêter à la surface des choses, le fondement véritable de la théorie jurisprudentielle paraît résider dans cette conception, dont la gravité, quant au sujet de nos recherches, est évi-

(74) Thaller, *Traité élémentaire*, n° 348; Cottet, *op. cit.*, p. 14, note.

(75) Hémard, *op. cit.*, n° 60.

dente : à savoir que le mariage crée entre les époux, sous le couvert du régime matrimonial, une société, la société conjugale, et que la société conjugale, d'essence impérative, est incompatible avec toute autre société entre époux ⁽⁷⁶⁾. Il y a là quelque vestige de cette « mentalité primitive » ou, si l'on préfère, de cette psychologie spontanée et toute naturelle, que Salpius a décelée dans le droit romain archaïque, et suivant laquelle deux contrats ayant le même objet ne peuvent coexister entre les mêmes personnes. Voici comment Girard, remontant à la Rome des origines, décrit le phénomène : « L'objet d'une dette déjà formée ne pouvait, ni entre les parties, ni entre des parties nouvelles, être l'objet d'une nouvelle dette se juxtaposant à la première. Si le nouveau contrat était absolument identique à l'ancien, il ne naissait pas; s'il en différait en un point quelconque, cet avantage justifiait sa naissance, mais c'était alors l'ancien qui disparaissait. Il y avait là un résultat pour ainsi dire mécanique qui se produisait dès lors que le nouveau contrat portait sur l'objet de l'ancien. » ⁽⁷⁷⁾. Transportons ce mécanisme dans la matière des sociétés entre époux. En fait, il ne saurait y avoir d'identité parfaite entre la société conjugale, quel que soit son type, et une société ordinaire. Par conséquent, si la société ordinaire est antérieure au mariage, la société conjugale se substitue à elle en l'anéantisant. Mais, à l'inverse, si la société ordinaire est constituée postérieurement au mariage, elle ne naît pas, bien que sa naissance pût toujours se justifier par quelque différence avantageuse ⁽⁷⁸⁾ — elle ne naît pas, parce qu'elle ne pourrait voir le jour qu'après avoir brisé la société conjugale et que celle-ci, contre-partie inéluctable de l'état d'époux,

(76) Comp. Bouvier-Bangillon, note D., 1912. 1. 481.

(77) Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, p. 737.

(78) Comp. chez M. Hémar, (*op. cit.*, n° 38, texte et note), le tableau des avantages pratiques qui peuvent amener les époux communs en biens à établir entre eux une société ordinaire.

est indestructible. En somme, le fondement de la jurisprudence se ramène à ceci : entre les conjoints, il n'y a place que pour une seule société; si un conflit s'élève entre la société conjugale et une société ordinaire, c'est nécessairement la société ordinaire qui est broyée, car elle a une moindre force juridique, étant d'essence facultative et conventionnelle, alors que la société conjugale est d'essence impérative. On voit que ce fondement, tout en ayant des points de contact avec le principe de l'immuabilité, est singulièrement plus large. Si l'article 1395 venait à être aboli demain radicalement, il est probable que les tribunaux interpréteraient désormais certaines sociétés entre époux comme des novations valables à la société conjugale primitive; mais il est une chose qu'ils ne pourraient accepter plus qu'aujourd'hui sans renier l'esprit de leur système : la coexistence de la société conjugale et de la société ordinaire entre époux. Il ne faut pas s'imaginer, d'ailleurs, que la théorie jurisprudentielle limite sa consécration de la notion de société conjugale au seul régime de communauté. Il nous paraît, au contraire, qu'elle repose sur une conception tout à fait générale de la nature juridique du régime matrimonial en tant que société. C'est donc traduire inexactement la portée de la jurisprudence, à l'égard du régime de séparation de biens, que de dire : La société qui intervient entre époux séparés de biens, conventionnellement ou judiciairement, établit une communauté là où le contrat de mariage avait stipulé qu'il n'y en aurait point, ou rétablit, sans les formalités exigées par l'article 1431, la communauté que le jugement de séparation avait dissoute. Sans doute les tribunaux eux-mêmes s'abandonnent-ils à une telle argumentation, et par là ils semblent se rallier à l'idée courante que le régime de séparation de biens est la négation du concept de société. Mais nous avons appris à distinguer, sous les arguments superficiels, la base profonde de la

jurisprudence : c'est parce que le régime de séparation de biens constitue, lui aussi, une société, que nulle autre société entre époux ne peut vivre à ses côtés. Et que l'on ne nous reproche pas de « solliciter les textes » des arrêts : il n'est pas anti-scientifique de « secouer la paille des mots pour mettre à nu le grain des réalités », de pénétrer la substance d'une théorie en écartant les prétextes verbaux qu'elle contredit par ses solutions positives. Au surplus, si le fondement que nous assignons au système jurisprudentiel est rarement exprimé dans les arrêts, il y transparait quelquefois, témoin telle décision de la Cour d'appel de Nîmes, déclarant que l'état de mariage est incompatible avec une association entre époux autre que celle qui résulte de leur régime matrimonial (79).

De la théorie jurisprudentielle relative aux sociétés entre époux, il est maintenant possible d'extraire trois propositions, résumant l'attitude prise par la jurisprudence, à cette occasion, sur la nature juridique du régime matrimonial.

a) PREMIÈRE PROPOSITION JURISPRUDENTIELLE : *Tout régime matrimonial constitue une société.* — Après les développements qui ont été consacrés au fondement du système jurisprudentiel, cette première proposition ne nécessite pas de commentaires. Il n'en est pas de même de la seconde.

b) DEUXIÈME PROPOSITION JURISPRUDENTIELLE : *Aucun régime matrimonial ne constitue une association « stricto sensu ».* — Cette proposition nous paraît découler de la validité avérée des associations entre époux. Il n'y a pas, il est vrai, d'arrêt sur ce point; mais les auteurs ne contestent pas que, dans l'esprit de la jurisprudence, deux conjoints peuvent valablement faire partie de la même association (80). S'ils reconnaissent que la puissance

(79) Nîmes, 18 déc. 1886, sous Req., 12 juill. 1887 (S., 87. 1. 384).

(80) Bartin sur Aubry et Rau, VI, § 388 bis, note 5; Cottet, *op. cit.*, p. 41-42. — Arg. pour les syndicats professionnels, art. 5, liv. III, C. trav.

maritale risque, par là, d'être battue en brèche, tout autant qu'en matière de société, ils se hâtent d'ajouter que le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales est, au contraire, hors d'atteinte. On ne saurait mieux dire que le régime matrimonial est compatible avec une association *stricto sensu*, parce que lui-même n'en est pas une : les deux catégories juridiques, ne coïncidant pas, peuvent coexister.

c) TROISIÈME PROPOSITION JURISPRUDENTIELLE : *La communauté conjugale constitue une personne morale.* — Avec cette dernière proposition, en même temps que nous redescendons du régime matrimonial en général à un régime matrimonial concret, nous sortons du cadre propre de la notion de société et nous anticipons sur la section II du présent chapitre, anticipation indispensable pour ne pas briser la physionomie d'ensemble de la théorie jurisprudentielle. Il est certain que cette théorie, par la position particulière qu'elle adopte touchant la validité des sociétés entre les époux communs en biens et un tiers, se rend inexplicable pour quiconque n'admet pas la personnalité morale de la communauté. Dire, avec le système des arrêts Lebel et Veissière, que la société n'existe pas entre chacun des époux et le tiers associé, mais entre ce tiers et la communauté, c'est ni plus ni moins ériger la communauté en sujet de droit ⁽⁸¹⁾. Un tel système ne fait que transposer, en matière de société conjugale, une hypothèse très pratique du droit commun des sociétés : la participation d'une société, à titre d'associée, à la vie juridique d'une autre société, situation licite ⁽⁸²⁾, mais qui n'est intelligible

(81) Comp. Trib. civ. Seine, 18 févr. 1896 (*Rev. sociétés*, 1897, p. 27) : « (Attendu que) les époux A... apparaissent comme formant une personnalité ne pouvant avoir d'intérêts distincts; qu'en réalité, ils ne sont à eux deux qu'un seul et même associé, sans qu'il puisse jamais s'élever entre eux le moindre conflit d'intérêts... »

(82) Cela n'est plus contesté, du moins en principe, depuis un arrêt Denis-Brouilhet de la Chambre des requêtes, 10 déc. 1878 (D., 79. 1. 5,

rationnellement que si l'on part du postulat de la personnalité morale. Les auteurs ne s'y sont pas trompés, et dans cet aspect de la théorie jurisprudentielle, ils censurent l'implicite adhésion à l'hérésie de la communauté-être moral⁽⁸³⁾. Une fois de plus, la jurisprudence s'est contredite et accueille la personnalité de la communauté conjugale en détail, après l'avoir condamnée en bloc⁽⁸⁴⁾.

B

D'accord avec la majorité de la doctrine tant dans l'Ecole de l'Exégèse⁽⁸⁵⁾ que dans l'Ecole contemporaine⁽⁸⁶⁾, nous repoussons le principe de la théorie jurisprudentielle. En

note Ch. Beudant), confirmant une décision, plus large encore, de la Cour d'appel de Nîmes, 15 janv. 1878. On admet notamment, ce qui évoque tout à fait la situation ordinaire de la communauté conjugale par rapport à la société litigieuse, qu'une société civile peut s'intéresser, par voie de participation, à une société commerciale, qu'une société à responsabilité définie (du type de la commandite) peut s'intéresser à une société à responsabilité indéfinie (du type de la société en nom collectif). Comp. Gégout, *Filiales et groupements de sociétés. Etude juridique de l'intervention d'une société dans la constitution et dans le fonctionnement d'une autre société*, thèse Paris, 1929, nos 33-35.

(83) Hémar, *op. cit.*, n° 63, *in fine*; Cottet, *op. cit.*, p. 50.

(84) Comp. la jurisprudence signalée plus haut, p. 239, note 48. — Il faut ajouter, par ailleurs, qu'on ne voit pas bien comment les tribunaux pourraient, sans contradiction, traiter en société de fait personnifiée, après son annulation, une société ordinaire entre conjoints, commerciale ou civile, tout en se refusant à faire une personne morale de la société valable qu'est la communauté entre époux (Comp. Bartin sur Aubry et Rau, VI, § 377, note 20 bis).

(85) Delvincourt, III, notes p. 221; Laurent, XXI, n° 76, et XXVI, n° 40; Delsol, *Rev. pratique de droit français*, 1856, p. 433 et suiv.; Pont, I, nos 35 et suiv.; Huc, IX, n° 39; XI, n° 78; Labbé, note S., 1890. I. 40. — Quelques Exégètes adoptent, toutefois, une position intermédiaire : Duranton, XVII, n° 347 (qui n'admet la société qu'entre époux séparés de biens); Alauzet, *Commentaire du Code de com.*, I, n° 35 (qui ne l'admet qu'en dehors du régime de communauté); Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, I, n° 96; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Société*, nos 32 et suiv. — D'autres, enfin, défendent sans réserve le principe prohibitif : Troplong, I, n° 210; Bellot des Minières, *Contrat de mariage*, nos 433 et suiv.; Guillouard, I, n° 229, et *Société*, n° 35.

(86) Beudant, I, n° 313; Planiol, *Revue critique*, 1888, p. 275; Lyon-Caen

l'absence de texte, ce principe ne se justifierait que si l'on démontrait l'incompatibilité générale et absolue des sociétés entre époux avec une des règles essentielles de notre droit matrimonial⁽⁸⁷⁾. Mais une telle démonstration n'a jamais été apportée. Bien au contraire, les auteurs ont excellemment établi que la plupart des sociétés litigieuses ne tombent sous le coup d'aucun des deux grands motifs invoqués par la jurisprudence : la puissance maritale et l'immutabilité des conventions matrimoniales. Pour ce qui est de la puissance maritale, il suffit de renvoyer à l'argumentation de M. Hémar^d (88) : l'existence d'une société entre les conjoints laisse subsister intacte la dépendance personnelle de la femme envers le mari; c'est uniquement au point de vue pécuniaire que la capacité de l'épouse se trouve élargie et, à cet égard, la puissance maritale est suffisamment respectée dès lors que la femme n'a pas pu entrer en société sans le consentement de son conjoint; on ne concevrait l'atteinte aux droits du mari comme chef que dans l'hypothèse où, la société englobant un apport en biens communs⁽⁸⁹⁾, la femme en serait nommée gérante statutaire. Quant à l'objection tirée de l'im-

et Renault, II, n° 78; Thaller, *Traité élém.*, nos 346 et suiv.; Thaller et Pic, I, nos 409 et suiv., 553 et suiv.; Hémar^d, *op. cit.*, nos 63 et suiv.; Avo^llée, *Des sociétés entre époux*, thèse Paris 1903, p. 43-77; Moliérac, *Etude sur les sociétés entre époux*, thèse Bordeaux, 1917, p. 55 et suiv.; Cottet, *op. cit.*, p. 30-31. — Rares sont les auteurs modernes qui approuvent ouvertement la jurisprudence : Lacointa, note S., 1888. I. 308; Bouvier-Bangillon, note D., 1912. I. 481. Comp. le projet de loi, assez restrictif, de la Société d'Etudes législatives (*Bulletin de la Société*, 1930, p. 187).

(87) M. Bouvier-Bangillon (note précitée) raisonne autrement. Il prétend trouver dans l'esprit du Code une prohibition directe des sociétés entre époux : certains textes (art. 1099, 1596) prouveraient que les législateurs de 1804 ont entendu confirmer l'ancien Droit, en tant qu'il annulait la plupart des contrats onéreux entre époux et, en première ligne, la société. C'est un nouvel exemple de cette conception exégético-historique dont la fausseté a déjà été dénoncée tant de fois.

(88) Hémar^d, *op. cit.*, n° 63.

(89) Sauf si ces biens communs étaient des biens réservés, sous l'empire de la loi du 13 juillet 1907. — Comp. Margat, *op. cit.*, p. 134.

mutabilité des conventions matrimoniales, elle doit être examinée à la lumière de cette idée que les sociétés entre époux (sauf les participations) constituent toujours des personnes morales, et par là elle perd presque toute sa force. Ainsi que M. Planiol le remarquait, dès 1888, au sujet des sociétés commerciales, « il se forme un patrimoine distinct de celui des époux, et qui ne peut être soumis à leur régime matrimonial. Cela exclut jusqu'à la possibilité d'une violation du contrat de mariage; les biens sociaux lui échappent quand les deux époux s'associent, comme ils lui échapperaient si chacun d'eux se mettait en société avec un tiers » (90). Des deux arguments jurisprudentiels, tout ce que l'on est en droit de retenir, c'est qu'il sera assez souvent difficile, parfois même impossible, de concilier la puissance maritale et l'immutabilité des conventions matrimoniales avec l'existence d'une société entre époux. Mais le principe n'en doit pas moins être renversé : les sociétés entre époux sont, en règle, valables; seules encourent la nullité celles qui, par les particularités de leur structure, contreviennent à une disposition impérative du droit matrimonial.

Tel est le raisonnement de la doctrine. Tout en se l'appropriant, on ne peut s'empêcher de noter que, malgré son exactitude, il aborde la théorie jurisprudentielle d'une manière un peu externe et, partant, insuffisante, faute de se placer sous l'angle de la nature juridique du régime matrimonial. Le fondement de la théorie jurisprudentielle, nous le savons, va plus loin que le simple principe de l'immutabilité et, d'autre part, ce principe lui-même ne se limite pas à paralyser les transferts de droits réels entre les patrimoines des conjoints : l'immutabilité des conventions matrimoniales, envisagée au point de vue de la nature juridique du régime matrimonial, c'est l'impossibilité

(90) Planiol, *Revue critique*, 1888, p. 277.

de modifier, en quoi que ce soit, durant le mariage, les statuts primitifs de la société conjugale. Ne peut-on pas analyser en une modification des statuts de la société conjugale la création d'une nouvelle société, pourvue de statuts différents, entre les époux? L'affirmative ne fait pas de doute pour qui admet que la société nouvelle se substitue automatiquement à l'ancienne, que deux liens sociaux ne peuvent coexister entre les mêmes personnes. C'est justement là l'idée inspiratrice des tribunaux; c'est à elle qu'il faut s'attaquer, si l'on veut frapper le principe de la théorie jurisprudentielle dans ses œuvres vives.

L'illusion de la jurisprudence tient, selon nous, à un abus de la technique juridique abstraite. La jurisprudence a conçu la société comme une catégorie juridique reposant sur des éléments constitutifs abstraits, et elle en a déduit, en froide logique, que cette catégorie abstraite, toujours rigoureusement identique, n'était pas susceptible de se doubler entre les mêmes sujets de droit. Elle n'a pas vu que, sous l'enveloppe uniforme de la technique, la notion de société puisait la vie dans son contenu concret, variable, hétérogène : *l'objet social*. Si elle avait fait apparaître le concept d'objet social, elle aurait compris que deux sociétés poursuivant des objets sociaux différents peuvent, chacune se mouvant dans un champ d'action séparé, coexister, sans s'absorber, entre les mêmes personnes. Il y a là une possibilité non seulement rationnelle, mais expérimentale, dont la pratique moderne fournit de nombreux exemples : les mêmes individus multiplient entre eux les liens sociaux en vue de ne laisser insatisfaite aucune des diverses fins qui sollicitent leur activité économique. Très souvent, d'ailleurs, parmi les groupements ainsi formés, la communauté d'associés et d'organes directeurs créera des rapports de contrôle et de dépendance de fait. Nous faisons allusion au développement croissant des filiales : une société-mère essaime autour d'elle des sociétés secon-

daires, destinées à exercer, sous son contrôle et dans son intérêt, une branche d'activité particulière, utile à la réalisation de son propre objet social. La question des sociétés entre époux ne doit pas être isolée de ces aspects concrets du droit commun des sociétés. Toutes les fois que la société ordinaire conclue entre les conjoints aura un objet social différent de celui de la société conjugale (et ce sera le cas le plus fréquent), l'éventualité même d'une atteinte à l'immutabilité des conventions matrimoniales se trouvant exclue par la différence des objets sociaux, rien n'empêchera la société ordinaire de vivre dans l'orbite de la société conjugale, à l'instar d'une filiale dans le giron de la société-mère. C'est sur cette base que nous allons émettre, en trois propositions, notre conclusion sur la validité des sociétés entre époux, en nous plaçant exclusivement au point de vue de la nature juridique du régime matrimonial et en tenant pour un problème résolu la conciliation de ces sociétés avec la puissance maritale.

a) PREMIÈRE PROPOSITION : *Les sociétés entre époux sont, en principe, valables.*

b) DEUXIÈME PROPOSITION : *Par exception, les sociétés entre époux sont nulles dans la mesure où leur objet social coïncide avec l'objet social de la société conjugale.* — Cette solution semble imposée par l'article 1393 du Code civil. Que l'on suppose une société entre époux ayant le même objet social que la société conjugale; de trois choses l'une : ou elle est antérieure au contrat de mariage, et il faut admettre que la société conjugale est venue la remplacer; ou elle est concomitante, et, sous des conditions de forme, elle se confond avec la société conjugale elle-même⁽⁹¹⁾; ou elle est postérieure, et elle implique une reconstitution de la société conjugale sur d'autres bases,

(91) C'est ainsi, croyons-nous, qu'il faut interpréter la solution de l'arrêt Seutin, précité, p. 347, note 366.

donc une modification essentielle aux statuts primitifs. En aucun cas, il n'est possible de faire coexister la société conjugale avec une société ordinaire poursuivant un objet identique. Nous savons déjà en quoi consiste l'objet social de la société conjugale. Mais une difficulté se présente, tenant à ce que la largeur de cet objet varie suivant les divers types de régimes matrimoniaux. Pour apprécier la validité d'une société entre époux, il convient d'envisager l'objet social de la société conjugale dans son étendue maxima, c'est-à-dire sous les régimes de communauté. En effet, dès qu'une société entre conjoints vient à inclure une parcelle de l'objet social maximum de la société conjugale, il se produit, selon que les époux s'étaient mariés sous tel ou tel régime, soit une substitution d'un type de société conjugale à un autre, soit une altération du type primitivement choisi; en toute hypothèse, une violation du principe de l'immutabilité. En fait, d'ailleurs, la nullité des sociétés entre époux est toujours exceptionnelle. Les sociétés commerciales y échappent toutes, puisque le commerce ne ressortit jamais à l'objet social de la société conjugale. Sans doute, parmi les sociétés civiles, toutes les sociétés universelles sont-elles frappées, non pas à raison de l'équivoque article 1840, mais parce que la société universelle et la société conjugale coïncident par leur objet social primordial, en ce qu'elles tendent l'une et l'autre à pourvoir, par des combinaisons diverses, aux besoins de la vie commune des associés. En revanche, bien rares sont les sociétés particulières qui encourent la nullité. On ne conçoit guère que les époux s'avisent de contracter entre eux une société ordinaire en vue de subvenir aux charges du mariage. Ce que l'on pourra voir, ce sera, par exemple, une société civile formée pour l'exploitation d'un immeuble acquis en commun. Une telle société doit certainement être annulée comme contrevenant à l'article 1395 : sous le régime de communauté, elle soustrairait

à l'empire des premiers statuts une portion de l'objet social; sous les autres régimes, elle ajouterait à l'objet social prévu par les statuts une branche d'activité, qui, parmi tous les types de société conjugale, est réservée au seul type communauté.

c) TROISIÈME PROPOSITION : *La société conjugale entretient avec la société ordinaire, valablement formée entre époux, des rapports de société-mère à filiale, et elle joue le rôle direct d'associée dans les sociétés valablement conclues entre les époux et les tiers.* — Cette proposition traduit le double aspect que peut revêtir la participation d'une société à la vie juridique d'une autre société : filiales et groupements de sociétés. On aurait compris que la jurisprudence, transposant ici le principe de la spécialité des personnes morales en droit administratif, annulât les sociétés entre époux en arguant qu'elles sont de nature à éparpiller, sur des objets divers, l'activité que la société conjugale doit concentrer sur son objet social. Mais l'idée ne serait guère soutenable : il est admis que le principe de la spécialité concerne seulement les établissements publics; et si les tribunaux se refusent quelquefois à laisser une société déborder du cadre de son objet social, c'est par respect pour les volontés qui se sont exprimées dans les statuts et qui ne doivent pas être outrepassées par des organes sans pouvoirs⁽⁹²⁾. L'obstacle disparaît en présence d'une clause statutaire expresse, clause de style et rédigée on ne peut plus largement : la société pourra s'intéresser à toutes entreprises, dont le fonctionnement sera utile à la réalisation de son objet⁽⁹³⁾. La notion de bénéfice, implique, d'ailleurs, une complète liberté d'agencements et de combinaisons en vue d'atteindre au plus grand avantage économique. Cela étant, il faut reconnaître à

(92) V. par ex. Alger, 16 févr. 1911, sous Req. 30 avril 1913 (D., 14. 1. 279)
— Comp. Gégout, *op. cit.*, nos 28, 56, 80.

(93) V. des exemples de ces clauses chez Gégout. *op. cit.*, n° 84.

la société conjugale le droit de s'intéresser, du consentement des deux époux associés, à une autre société poursuivant un objet différent, et de s'y intéresser soit sous le couvert de l'idée de filiale, soit par voie de participation directe à titre d'associée. Pour se servir de la définition de M. Gégout, « quand deux sociétés, distinctes en apparence, ont cependant entre elles des liens assez étroits pour que l'une soit en réalité sous la dépendance de l'autre, on dit que cette société est une filiale de la première » (94). La société ordinaire conclue entre les époux se trouve, à l'égard de la société conjugale, dans un rapport de dépendance étroite. Pourquoi? parce que les apports à l'aide desquels elle se constitue sont très souvent empruntés au patrimoine de la société conjugale (apport de la jouissance d'un bien dotal, etc.), et surtout parce que, composée des mêmes membres que la société conjugale, elle reçoit nécessairement de cette unité de personnel une impulsion synchronisée. On est en droit de dire que la société entre époux est une filiale de la société conjugale. Le fonctionnement de cette filiale présente pour la société-mère un intérêt notoire, puisque l'enrichissement des conjoints, auquel tend la société ordinaire, bénéficiera en fin de compte à la société conjugale elle-même : sous le régime de séparation de biens, cet enrichissement facilitera l'exécution de la contribution aux charges du ménage; sous le régime dotal et l'exclusion de communauté, il grossira éventuellement les apports des époux; sous la communauté, il sera directement recueilli par le patrimoine de la société conjugale. Jusqu'ici, la question n'offre guère d'importance doctrinale. Elle revêt, au contraire, une importance pratique considérable lorsque l'on vient à envisager l'hypothèse d'une société formée entre les conjoints et un tiers. La théorie jurisprudentielle érige

(94) Gégout, *op. cit.*, n° 43.

alors la communauté en personne morale, et fait de cette personne morale l'associée de la société litigieuse. Etendant la personnalité morale à tous les types de société conjugale, nous transportons la solution de la jurisprudence au delà du cercle de la communauté. Partout où l'on pourra considérer que la qualité d'associé appartient non pas à chacun des deux époux individuellement, mais à la société conjugale personnifiée dans le ménage, il conviendra de valider la société ordinaire existant entre les époux et un ou plusieurs tiers. Or, en théorie, on pourrait considérer qu'il en est ainsi dans tous les cas, quelque hétérogènes que soient les objets sociaux des deux sociétés; la participation de la société conjugale à la constitution et au fonctionnement d'une autre société n'est limitée qu'en fait, par le volume d'actif social disponible pour constituer un apport. Sous le régime de communauté, et même sous le régime sans communauté et le régime dotal, où le patrimoine social comporte un actif solide et étendu, la participation à une société quelconque, civile ou commerciale, est parfaitement concevable. Sous le régime de séparation de biens, où il n'y a guère d'autre actif social que les contributions périodiques des époux, un doute surgit. Mais, même sous ce régime, la société conjugale peut entrer comme associée, moyennant une faible cotisation, dans une société de secours mutuels ou d'assurances mutuelles, dans une société coopérative de consommation ou de crédit : chaque fois que deux conjoints feront simultanément partie d'une société de cette espèce, on présumera qu'ils représentent la société conjugale et ne sont pas associés à titre personnel. Sans une telle interprétation, d'ailleurs, la validité du groupement coopératif ou mutualiste soulèverait, dans la théorie jurisprudentielle, des difficultés insoupçonnées, dont on ne se tirerait qu'au prix d'une inexactitude en traitant le groupement litigieux comme une association. Ces difficultés

seraient même insolubles, si l'on songe qu'il y a coïncidence parfaite entre l'objet social de la société conjugale et celui du groupement mutualiste ou coopératif. Par leur adhésion à la société de secours mutuels et à la société coopérative de consommation, les époux séparés de biens cherchent à obtenir les résultats que doit normalement leur procurer leur régime matrimonial; en s'affiliant à une société coopérative de crédit, ils visent à un genre de bénéfices que le régime de communauté aurait pu seul engendrer. Imagine-t-on violation plus flagrante de l'article 1395? Ces difficultés se reproduisent sous tous les régimes. Supposons que deux époux communs en biens, en entrant dans une société d'assurances mutuelles-vie, acquièrent, pour le cas de prédécès de l'un d'eux, le droit à un capital ou à une rente viagère payable au survivant. A quoi se ramène l'opération, si ce n'est à leur donner, sous le couvert d'une société ordinaire, un avantage qu'aurait pu seule leur conférer une stipulation expresse de la société conjugale, clause d'attribution de tous les acquêts en propriété ou en usufruit (art. 1525)? Il y a là une modification manifeste aux statuts primitifs de la communauté⁽⁹⁵⁾. Pour valider toutes ces combinaisons très pra-

(95) C'est précisément en arguant de l'article 1395 que des auteurs, tels qu'Aubry et Rau (VIII, § 507, texte et note 9), ont pu mettre en doute la validité de combinaisons analogues en matière de rentes viagères réversibles. Toutefois leur raisonnement était différent, et ils voyaient l'atteinte à l'immutabilité des conventions matrimoniales dans la possibilité, ouverte aux époux, de se créer des propres à volonté. Aujourd'hui, la doctrine — unanime, comme la jurisprudence, dans le sens de la validité — écarte l'objection tirée de l'article 1395 en recourant à toutes sortes d'analyses du mécanisme de l'assurance-vie, sans distinguer, d'ailleurs, entre l'assurance mutuelle et l'assurance à primes fixes (V. par ex. Planiol, Ripert et Nast, I, nos 204-214). Seul parmi les auteurs, M. Bartin (sur Aubry et Rau, § 507 note 31 *decies, in fine*) souligne l'opposition fondamentale qui existe entre ces combinaisons d'assurance-vie et les principes traditionnels du régime de communauté, et il en vient à proposer une conciliation pénétrante (*ib.*, § 505 note 5 *ter*) : « La jurisprudence, écrit-il, qui sanctionne la pratique de l'assurance-vie au profit de l'époux survivant, quels que soient les artifices de raisonnement

tiques, il ne s'offre pas d'autre ressource que celle-ci : admettre que, derrière les personnes physiques des conjoints, c'est la société conjugale qui participe, en tant qu'être moral, à ces divers groupements, à l'instar d'une compagnie d'assurances quelconque qui, en vue de diminuer ses risques, s'affilierait à un groupement de réassurances. Ainsi se révèle une fois de plus, dans le problème des sociétés entre époux, l'action constante de la nature juridique du régime matrimonial sous son double aspect : société, personnalité morale.

II. — Les sociétés de fait entre concubins.

Suivant notre coutume, nous commencerons par marquer les sommets de l'évolution jurisprudentielle. Cela est d'autant plus nécessaire que la théorie des sociétés de fait entre concubins, aujourd'hui encore, ne semble pas avoir trouvé son assiette définitive⁽⁹⁶⁾.

La question est de savoir si l'état de concubinage peut engendrer, de par lui-même, entre les concubins une so-

qu'on emploie pour adapter cette pratique à la communauté, repose au fond sur l'idée qu'un intérêt commun peut survivre pour un certain temps à la dissolution de la communauté par le décès. Cet intérêt commun, c'est l'intérêt personnel de l'époux survivant du jour de la dissolution de la communauté par le décès jusqu'à son décès à lui-même. » Une telle mention de l'intérêt commun (ou intérêt collectif du ménage) nous est infiniment précieuse, car elle témoigne d'une préoccupation que nous n'hésitons pas à développer sur la base de la nature juridique du régime matrimonial : derrière les personnes physiques des époux, c'est en réalité la société conjugale, personnifiée dans le ménage, qui, agissant en vue de l'intérêt collectif qu'elle concrétise, est elle-même partie soit à la police d'assurances à primes fixes, soit au contrat de société d'assurances mutuelles. Depuis la loi du 13 juillet 1930 (art. 71 et 73), il n'est plus besoin d'argumentation doctrinale pour fonder la validité des combinaisons d'assurance-vie entre époux, puisque le principe de cette validité est désormais inscrit dans notre législation. Le raisonnement proposé n'en doit pas moins être maintenu en tant qu'explication scientifique du Droit positif.

(96) Comp. Denois de Saint-Marc, *Le concubinage*, thèse Bordeaux, 1927, p. 9.

ciété, qui, bien qu'irrégulière en l'absence de tout contrat, n'en produirait pas moins certains effets rétroactivement tenus pour valables sous le couvert de la notion de société de fait. En 1851, une affaire Renaudot permit à la Cour de Paris de prendre position⁽⁹⁷⁾. Le Tribunal civil d'Avalon avait reconnu l'existence d'une association en participation entre concubins. Grâce à ce biais remarquable, il coupait court à toutes les difficultés de preuve, la participation pouvant être constatée par tous les moyens: le concubinage ne donnait pas naissance à une société de fait annulable faute d'écrit, mais à une association en participation de fait, susceptible d'une vie régulière indéfinie⁽⁹⁸⁾. La Cour de Paris condamna ce système; elle décida qu'entre concubins il ne pouvait s'agir que d'une société universelle de gains et non d'une participation, et que de cette société universelle, conformément à l'article 1384 du Code civil, aucune autre preuve n'était admissible que l'écrit, lorsque l'objet en litige excédait 150 francs⁽⁹⁹⁾. L'arrêt Renaudot revêtait ainsi une portée double : d'une part, il détournait la jurisprudence de l'association en participation pour l'orienter vers la société universelle; d'autre part, il posait des conditions rigoureuses de preuve; les deux tendances se rejoignaient en ce qu'elles fermaient la voie à la reconnaissance d'une société de fait entre concubins, mais ni l'une ni l'autre ne devaient être irrévocables. En ce qui concerne la preuve, si la solution de l'arrêt Renaudot se trouve maintenue dans un arrêt de la Cour de Bordeaux du 19 mars 1868⁽¹⁰⁰⁾, elle est renversée, dès 1872, par un arrêt très connu de la Cour d'appel de

(97) Paris, 19 août 1851 (S., 32. 2. 209; D., 34. 2. 84).

(98) Comp. sur ce point, Vavasseur (7^e éd., par Bonnetcase), I, n° 289.

(99) Antérieurement, on rencontre des arrêts plus accommodants sur la question de preuve : ex. Nancy, 17 janv. 1829 (S., 29. 2. 124), sur conclusions conformes de Troplong.

(100) Bordeaux, 19 mars 1868 (D., 68. 2. 222).

(101) Paris, 13 juin 1872 (S., 74. 2. 37; D., 73. 2. 169).

Paris, l'arrêt Pinçon ⁽¹⁰¹⁾. L'arrêt Pinçon admet l'un des concubins à prouver contre l'autre une société universelle de gains, à défaut de preuve littérale, au moyen de faits et de présomptions appuyés d'un commencement de preuve par écrit, et ajoute que ce commencement de preuve peut résulter d'un interrogatoire sur faits et articles du concubin défendeur. Une telle facilité de la preuve (puisqu'il suffira désormais d'un aveu arraché) équivaut pratiquement à une reconnaissance de la société de fait entre concubins. La Cour de Paris a beau continuer de déclarer en thèse que le concubinage, si prolongé qu'il fût, ne saurait engendrer de plein droit une communauté de biens dont la loi n'a attribué le privilège qu'à l'union légitime par mariage; le revirement, par rapport à l'arrêt Renaudot, n'est pas moins patent : « Tout l'actif, même mobilier et immobilier, même y compris les immeubles et les titres portés ou acquis au nom de la demoiselle H... en vertu des actes authentiques, fait partie de la société universelle de gains établie entre Pinçon et la fille H...; il en doit être fait partage. » Qui ne voit que la société entre concubins est ici le décalque de la communauté légale ? Contre ce libéralisme en matière de preuve, la jurisprudence postérieure n'a pas réagi ⁽¹⁰²⁾. Quelques arrêts sont même allés beaucoup plus loin et ont admis, à des degrés divers de netteté, que le concubinage, en tant qu'il s'accompagne de l'exercice d'une industrie en commun, implique de *plano* l'existence d'une société, dont les bénéfices doivent se partager entre les concubins ⁽¹⁰³⁾. Toutefois, encore à l'heure actuelle, cette conception semble se heurter à de

(102) Comp. Lyon, 12 mars 1930, *Rev. trim.*, 1931, p. 913.

(103) Paris, 14 mars 1890 (*Gaz. Trib.*, 30 mai 1890); Orléans, 3 juill. 1908 (*Gaz. trib.*, 1909, 1^{er} sem., 2. 108); Paris, 8 juin 1912 (*Gaz. trib.*, 1912, 2^e sem., 2. 353); Trib. civ. Seine, 3 mai 1922 (*D.*, 24. 2. 9, avec une importante note de M. Savatier); Nîmes, 20 oct. 1925 (*Journ. soc.*, 1927, 472).

fortes résistances, appuyées sur les règles légales qui gouvernent la preuve du contrat de société ⁽¹⁰⁴⁾. Aussi, pour échapper à ces règles, certaines décisions de justice en viennent-elles à abandonner l'idée de société universelle et à recourir à la notion d'association en participation ⁽¹⁰⁵⁾: le procédé dont s'était servi le Tribunal d'Avallon dans l'affaire Renaudot étant par là ressuscité, la Chambre des requêtes de la Cour suprême n'a pas hésité à lui donner son estampille (arrêt Gallo du 14 mars 1927) ⁽¹⁰⁶⁾.

La jurisprudence sur les sociétés de fait entre concubins, telle que nous venons de la décrire, laisse l'impression de n'être pas « au point ». Elle contient, pourtant, le germe d'une systématisation future, qu'il appartiendrait à la doctrine d'escompter par une interprétation appropriée. Des auteurs se sont déjà essayés à cette tâche; mais, guidés par des fils conducteurs différents, ils ont abouti à des conclusions divergentes. C'est ainsi que deux interprétations de la théorie jurisprudentielle ont surgi : l'une, restrictive, s'attache à la notion de société de fait; l'autre, extensive, à la notion même de concubinage.

La première interprétation est celle de M. Hémard ⁽¹⁰⁷⁾. Cet auteur s'efforce visiblement de faire entrer les sociétés entre concubins dans le droit commun des sociétés de fait. Pour lui, entre concubins comme entre toutes personnes, une société ne peut se créer de fait qu'autant qu'est démontrée clairement l'intention des parties de s'associer en vue de réaliser des bénéfices, et l'état de concubinage, en soi, ne saurait constituer la preuve de cette intention. Entre concubins comme entre toutes personnes, la société créée de fait est susceptible d'avoir un objet social quel-

(104) Paris, 16 mai 1890 (*Gaz. trib.*, 30 mai 1890); Bordeaux, 9 nov. 1927 (*D. H.*, 1928, 109).

(105) Voir les arrêts précités : Orléans, 3 juill. 1908; Paris, 8 juin 1912.

(106) Req., 14 mars 1927 (*D. H.*, 1927, 223).

(107) Hémard, *op. cit.*, n° 411.

conque et de revêtir des formes variées . . ce peut être aussi bien une société commerciale en nom collectif ou en participation qu'une société civile universelle ou particulière. « On pourrait, ajoute M. Hémard, être tenté de dire qu'entre les concubins, il se formera toujours, à la suite de la réunion de leurs biens, une société universelle de gains. Il n'en est rien, car la pensée de bénéfices à réaliser est une condition essentielle pour qu'il y ait société, et dans la majorité des cas, cette condition ne sera pas remplie, pas plus qu'on ne parviendra à prouver la volonté des concubins de s'associer. » En somme, ce système épouse les tendances fragmentaires de la jurisprudence : il nie la société de fait entre concubins en tant qu'institution autonome, et ne veut y voir qu'une application banale de la théorie générale des sociétés de fait. La conséquence logique du système, c'est qu'il est impossible de rapprocher, en quoi que ce soit, la société entre concubins du régime matrimonial : « S'il y a, écrit M. Hémard, un certain régime des biens entre concubins, ce régime, qui n'apparaît qu'au moment d'une séparation ou d'un décès, n'est ni la communauté entre époux, ni une société d'une forme civile ou commerciale : c'est le régime de l'indivision. »

La seconde interprétation, représentée notamment par M. Savatier ⁽¹⁰⁸⁾, adopte un point de vue résolument contraire. Scrutant l'esprit des arrêts plutôt que leur texte, elle perce à jour ce que la jurisprudence se fait scrupule d'exprimer : à savoir que la société de fait entre concubins ne peut pas être autre chose que le régime matrimonial légal de l'union libre. Elle voit d'avance que les tribunaux sont entraînés, par la logique de leur conception, à des facilités de preuve ⁽¹⁰⁹⁾, qui finiront par mettre à nu la réalité : le concubinage, cause efficiente de la société de

(108) Savatier, note précitée, D., 1924. 2. 9. V. aussi Nast, *Revue critique*, 1925, p. 258 et suiv.

(109) Comp. Bartin sur Aubry et Rau, VIII, § 506, note 2.

fait. Derrière les prétendues sociétés de commerce entre concubins, elle devine que se dissimule toujours une société universelle, ayant pour objet primordial de pourvoir aux charges du faux ménage. « Il est difficile, déclare M. Savatier, de ne pas voir combien (l'interprétation courante) des rapports entre concubins dénature leurs plus évidentes intentions. Le faux ménage, dans la plupart des espèces, ne se présente aux tiers ni sous l'aspect de deux individus isolés, ni comme une paire d'associés en nom, mais comme un *couple d'époux*. Or, — et cela suffit à exclure l'idée d'une société en participation, — la manière dont il se présente aux tiers reflète ses propres intentions. Les concubins ne visent pas à fonder une société à but commercial. Ils cherchent simplement à vivre ensemble en gagnant leur subsistance: C'est pour cela que l'un, comme s'il était marié, gère une entreprise où l'autre l'assiste. Les frais essentiels grevant cette association ne sont nullement ceux d'une société de commerce : ce sont les dépenses de nourriture et d'entretien de l'homme et de la femme. Ce qu'on représente comme l'actif social partageable n'est que l'excédent des revenus du couple sur les dépenses pseudo-familiales. Impossible d'isoler la prétendue société commerciale de l'ensemble de l'association pseudo-conjugale. Si donc on pouvait reconnaître une société entre concubins, ce ne serait, et les arrêts l'ont bien vu en général, qu'une société universelle de gains. Ou plutôt, on retrouverait en elle quelque chose comme l'ancienne société taissable... »

Entre les deux interprétations, nous optons pour la seconde. Un examen attentif des décisions judiciaires convainc de son bien-fondé. En particulier, elle seule permet de comprendre les contradictions extraordinaires de la jurisprudence dans le maniement de la notion d'association en participation — pur expédient destiné à éluder la règle gênante de l'article 1834. Que l'on envisage, par exem-

ple, le jugement du Tribunal d'Avallon dans le procès Renaudot : un droit était attribué aux ayants cause de la concubine non seulement sur les bénéfices réalisés, mais sur la moitié du fonds de commerce lui-même. Or cela était en antinomie irréductible avec l'absence de personnalité morale de la participation. C'est qu'en vérité, la reconnaissance d'une société en participation n'était qu'un moyen d'appliquer au concubinage un régime analogue à la communauté légale entre époux. L'arrêt Gallo provoque la même remarque : la Chambre des requêtes commence par affirmer que « des concubins qui ont exercé ensemble un commerce peuvent être considérés comme ayant contracté une association en participation » ; puis elle ajoute qu' « un liquidateur peut être nommé pour en réaliser l'actif et en acquitter le passif et régler tous les comptes entre les parties. » Par là, la Cour de cassation se trahit. Il est de principe qu'une association en participation, n'étant pas personnifiée, n'est pas susceptible de liquidation ⁽¹¹⁰⁾. S'il y a quelque chose à liquider, ce ne peut être que le reliquat de l'actif social d'une société douée de personnalité morale, c'est-à-dire de la société universelle de gains, « ersatz » de la communauté de meubles et d'acquêts.

Nous sommes maintenant fondé à traduire la substance de la théorie jurisprudentielle dans la proposition suivante : *A défaut d'une volonté contraire exprimée par les concubins, l'état avéré de concubinage donne naissance à une société de fait, répondant au type de la société universelle de gains.* Il ne reste plus qu'à tirer de cette proposition les conclusions qu'elle comporte quant à la nature juridique du régime matrimonial. Ces conclusions nous paraissent tenir dans la formule que voici : *si l'union sexuelle de fait, le concubinage, engendre une société de*

(110) Lyon-Caen et Renault, II, n° 1070.

fait, c'est que l'union sexuelle de droit, le mariage, engendre une société de droit; la relation de fait prouve le rapport de droit, comme l'ombre révèle le corps. Le raisonnement par analogie n'est pas ici hypothétique; il pourrait être transcrit en termes d'algèbre ⁽¹⁴¹⁾. Que l'on n'objecte pas que la symétrie de la formule n'est obtenue qu'au prix de l'imprécision des expressions droit et fait. Il suffit de définir les notions en présence pour montrer l'inanité de l'objection. La société de fait, en l'espèce, n'est pas la société de fait *stricto sensu*, dont nous avons vu un exemple à propos des sociétés entre époux. Il s'agit plus précisément d'une « société créée de fait », groupement qui, présentant tous les éléments constitutifs de la société, bien que son origine soit irrégulière faute d'écrit et même faute de contrat quelconque, n'en sera pas moins traité comme ayant produit dans le passé des effets valables. Alors que, régulièrement, une société non organisée par la loi ne pourrait naître que d'un acte juridique, voire (avec quelques réserves) d'un acte juridique prouvé par écrit, on est en présence d'une société mise en mouvement par un fait juridique, tel que l'exploitation en commun d'une entreprise ou encore, notion capitale en ce qui concerne la société entre concubins, société universelle, le mélange des meubles des parties. Pour employer le langage de M. Hémond, à la différence de la société de fait *stricto sensu*, qui n'est qu'une société de droit dégénérée, la société créée de fait n'a pas essayé de devenir une société de droit, elle

(141) Soit x la nature juridique du régime matrimonial, que nous supposons inconnue. Posons : R = régime des biens et des intérêts pécuniaires; S = société; U = union sexuelle; f = fait; d = droit. On a les proportions suivantes, concernant respectivement le concubinage et le mariage :

$$\frac{R}{U} = \frac{Sf}{Uf} \quad \text{et} \quad \frac{R}{U} = \frac{xd}{Ud};$$

D'où la proportion :

$$\frac{Sf}{Uf} = \frac{xd}{Ud}, \text{ dont on tire : } x = S = \text{société.}$$

n'a jamais prétendu aux droits ni à la capacité des sociétés régulières (112). Théoriquement, la société créée de fait, ne s'étant pas soumise à recevoir l'empreinte de la loi, aurait dû rester confinée dans le domaine extrajuridique des relations de fait. Mais on connaît combien est mouvante la frontière qui sépare relations de fait et rapports de droit : telle relation de fait, qui avait été d'abord refoulée par le législateur, vient un beau jour à faire irruption dans la sphère juridique sous le couvert de la jurisprudence. C'est ainsi que la société créée de fait, cessant d'être un pur fait, s'est élevée au rang de fait juridique. La notion de concubinage ne nous éloigne pas beaucoup de là. Le concubinage, lui non plus, n'est pas un mariage dégénéré, il n'a jamais prétendu aux droits de l'union sexuelle régulière. On aurait conçu que l'union libre, privée de cet élément sanctionnateur que constitue la célébration devant l'officier de l'état civil, demeurât plongée dans la masse des relations de fait. Mais, ici encore, le fait s'est dégagé spontanément des ténèbres extrajuridiques. Le concubinage, aujourd'hui, n'est plus un pur fait, c'est un fait juridique ou, si l'on préfère, c'est un état dérivant d'un fait juridique : la cohabitation prolongée de deux personnes de sexe différent. Le concept de *fait* revêt donc une portée identique dans la notion de société de fait et dans la notion de concubinage : le rapport qui s'établit entre la notion de société de fait et la notion d'union libre est parfaitement symétrique du rapport qui s'établit entre la notion de société de droit et la notion de mariage ; l'existence du premier de ces rapports vérifie celle du second. *Sur le plan du fait, la jurisprudence déclare : l'organisation pécuniaire de l'union sexuelle a une nature de société de fait. Faisons glisser cette constatation sur le plan du droit : l'organisation pécuniaire du mariage a une nature*

(112) Hémard, *op. cit.*, n° 100.

de société. On répondra peut-être que la vérification ne vaut qu'à l'égard du régime de communauté; c'est la seule communauté légale que les arrêts transposent dans la société universelle de gains entre concubins; la théorie jurisprudentielle n'est pas susceptible d'adaptation à la nature juridique des régimes non communautaires. Nous allons voir, dans un instant, qu'une telle observation n'est justifiée qu'en apparence. Dès à présent, on peut remarquer que tous les régimes matrimoniaux sont intéressés par une constatation qui découle de la jurisprudence : à savoir que l'union sexuelle et la cohabitation qu'elle implique s'accompagnent naturellement, sinon nécessairement, d'une *affectio societatis*, qui, soit en face de l'indivision amorphe, soit en face de conventions spéciales comme le louage de services, la constitution d'usufruit, etc., différencie les divers régimes de biens entre concubins ou entre époux et leur imprime le cachet indélébile de la notion de société. C'est là une donnée tout à fait générale, que nous utiliserons en proposant, à notre tour, une solution propre sur la question des sociétés de fait entre concubins.

Avant de proposer cette solution, il convient de faire abstraction de toute considération apologétique. A vouloir examiner le problème au point de vue de la morale ou du « bien social », on serait conduit à des résultats par trop incertains : il est des jurisconsultes moralistes qui condamnent la théorie jurisprudentielle, parce qu'elle tendrait à « légaliser » l'union libre; il en est d'autres qui l'approuvent, parce qu'elle forcerait les concubins à prendre leurs responsabilités. Nous nous contenterons de présumer que la reconnaissance d'une société de fait entre concubins n'est pas contraire à la notion de cause illicite ou immorale; et c'est comme une déduction purement technique de la nature juridique du régime matrimonial que nous énoncerons la proposition qui suit :

Entre les concubins, il se crée toujours une société de fait, reflétant un type déterminé de société conjugale. En principe, il s'agira d'une société universelle de gains, pendant de la communauté légale de meubles et d'acquêts. Mais, s'il résulte des circonstances que les concubins ont entendu écarter cette espèce de société, on admettra, selon la volonté révélée par leurs agissements, que s'est établie entre eux une société de fait correspondant à telle ou telle autre catégorie de régime matrimonial; au minimum, on décidera que le concubinage est inséparable d'une société de fait calquant le type de société conjugale constitué par le régime de séparation de biens. Au cas de mariage, il existe un régime légal, que les futurs ont, du reste, la faculté de remplacer par un régime conventionnel. Au cas d'union libre, il est de même un type de société de fait, la société universelle de gains, qui entre en mouvement de plein droit, mais sans s'imposer inéluctablement aux concubins. Toutefois, il ne peut être question ici d'un substitut du contrat de mariage, pas même sous la forme d'une convention expresse de société. Il sied de ne pas sortir du domaine du fait juridique : la volonté des parties de repousser la société universelle se manifestera, tangiblement, par la manière effective dont elles se comporteront dans la gestion de leurs intérêts pécuniaires; et s'agissant de faits matériels, tous les moyens de preuve semblent devoir être accueillis. Que si, par exemple, le concubin a conservé l'administration et la jouissance de tous les biens de la concubine, pourquoi ne reconnaîtrait-on pas entre eux l'existence d'une société de fait imitant le régime sans communauté? A tout le moins, en l'absence de rattachement plus précis à un régime matrimonial, il faut nécessairement admettre entre les concubins un mécanisme rudimentaire de société destiné à assurer l'entretien du faux ménage; or, un tel mécanisme ne peut fonctionner que comme un décalque du régime de séparation de biens. Et

que l'on ne s'imagine pas que ce sont là des anticipations sans racines dans le droit positif. Sans doute la jurisprudence paraît-elle tailler uniformément toutes les sociétés de fait entre concubins sur le patron de la communauté légale; mais c'est pure apparence, tenant à ce que, d'une part, les difficultés de liquidation sont la matière quasi exclusive des procès roulant sur les sociétés créées de fait et que, d'autre part, seul le régime de communauté donne lieu pratiquement à une liquidation. Les sociétés entre concubins calquées sur les autres régimes passent ainsi inaperçues. Il n'empêche qu'elles existent, et que leur existence perce parfois; témoin la jurisprudence dite du mandat tacite entré concubins, jurisprudence que nous signalons seulement, tant elle est encore fragmentaire et chaotique, enveloppée de prétextes hétérogènes comme les notions de faute, de mandat, d'enrichissement sans cause⁽¹¹³⁾. C'est dans ses résultats qu'il faut apprécier une telle jurisprudence, et à ce point de vue, elle apparaît comme une détrempe plus ou moins heureuse de ce mécanisme du passif social qui s'identifie avec le régime de séparation de biens.

III. — Les sociétés de fait utilisées pour le règlement des intérêts pécuniaires des pseudo-époux après l'annulation d'un mariage non putatif.

Quand un mariage est annulé sans que ni l'un ni l'autre des époux puisse invoquer le bénéfice de la bonne foi, la nullité opérant rétroactivement, l'homme et la femme se trouvent, selon l'opinion courante, avoir vécu dans le passé en état de concubinage⁽¹¹⁴⁾. Il semblerait donc plausible

(113) Comp. Planiol, Ripert et Rouast (*La famille*), n° 76, et les références, ainsi que J.-Ch. Laurent, *L'apparence dans le problème des qualifications juridiques*, thèse Caen, 1931, nos 32 et 102.

(114) Planiol, Ripert et Rouast (*La famille*), n° 308.

de confondre la question ici traitée avec la question précédente. Néanmoins, d'après nous, la confusion doit être évitée. Le concubinage proprement dit implique l'inexistence du lien matrimonial : ici le lien matrimonial est nul, il n'est pas inexistant. La différence irréductible qui oppose la notion d'inexistence à la notion de nullité mesure toute la distance qui sépare nos deux questions. D'ailleurs, le fait que les pseudo-époux, tant que l'annulation du mariage n'est pas prononcée, vivent sous un véritable régime matrimonial suffit à caractériser cette hypothèse au regard de la précédente et à justifier pour elle un traitement spécial.

Le jugement qui annule un mariage met à néant, par voie de conséquence, le régime matrimonial : le contrat de mariage, s'il en a été rédigé un, est atteint de caducité⁽¹¹⁵⁾ ; la communauté légale, à défaut de contrat, est paralysée dans ses effets. La société conjugale achoppe, manquant du support nécessaire que constitue pour elle le mariage ; mais, à raison même de sa nature juridique, ne doit-on pas admettre qu'elle se métamorphose, dans sa chute, en une société ordinaire ? Tel est le problème qui s'est posé devant les tribunaux. Dans un arrêt du 10 février 1892, la Cour d'appel de Paris réussit à l'éluder par suite de particularités de l'espèce : les deux pseudo-conjoints, avant l'annulation du mariage et en prévision de cette annulation, avaient réglé, d'un commun accord, le mode de liquidation de leurs droits ; la Cour put se borner à déclarer la convention valable⁽¹¹⁶⁾. Mais, quelques années plus tard, une affaire Martin-Metzger, relative à un cas de nullité pour bigamie, allait donner à la jurisprudence l'occasion de se décider ouvertement dans le sens de la transmutation de la société conjugale en société ordi-

(115) Planiol, Ripert et Nast, I, n° 86.

(116) Paris, 10 févr. 1892 (D., 92. 2. 493).

naire⁽¹¹⁷⁾. Le tribunal de Reims, appelé à connaître du procès, établit, en termes significatifs, que l'intention de s'associer résultait « à l'évidence du mariage lui-même, puisque ce mariage, du moins dans la pensée des contractants, ainsi qu'ils n'avaient cessé de le déclarer, emportait adoption, quant à leurs biens, *du régime de la communauté, qui est une véritable société* ». Ainsi, là où la loi, faute de mariage valable, est impuissante à engendrer une communauté de meubles et d'acquêts, il se crée de fait entre les pseudo-époux, en vue de réaliser le même objet social, une société universelle de gains; cette société de fait, au reste, n'est utilisée que pour la liquidation des opérations passées, elle ne peut se survivre dans l'avenir qu'en se coulant sous la forme d'un contrat de société régulier. La solution du tribunal de Reims fut successivement confirmée par la Cour de Paris et, le 12 novembre 1907, par la Chambre des requêtes. Il est manifeste qu'elle fournit une vérification nouvelle de la nature juridique du régime matrimonial, en ce *qu'elle consacre l'identité parfaite de la communauté entre époux et de la société entre particuliers* : la communauté n'est autre chose que la société universelle de gains plus le mariage; que le mariage disparaisse, la société universelle demeure. Seulement, à en croire des auteurs tels que M. Hémaré, la théorie jurisprudentielle devrait être restreinte au régime de communauté. Sous tous les autres régimes, il ne serait plus possible de parler de société. La confusion des biens et des intérêts qui aurait pu se produire, en fait, entre les pseudo-conjoints devrait être liquidée, en principe, par application des règles de l'indivision, sauf si l'on parvenait à démontrer l'existence d'une société régulière⁽¹¹⁸⁾.

(117) Trib. civ. Reims 13 mai 1903 (*Gaz. Pal.*, 1903. 1. 793); Paris, 8 nov. 1903 (*Gaz. Pal.*, 1903. 2. 10); Req. 12 nov. 1907, S., 1909. 1. 268; D., 1908. 1. 63). — *Contra* Troplong, I, n° 337.

(118) Hémaré, *op. cit.*, n° 112.

Mais c'est là une affirmation gratuite, qui repose sur un préjugé touchant la nature juridique des régimes non communautaires. Les intérêts qui se sont développés sous le couvert d'un régime matrimonial apparent doivent toujours être sauvegardés. Ce n'est point que nous ramenions la question, comme d'aucuns y semblent enclins⁽¹¹⁹⁾, à un simple aspect de la théorie de l'Apparence : cette théorie se limite à la protection des tiers, alors qu'il s'agit ici d'organiser un règlement des intérêts pécuniaires litigieux aussi bien entre les parties qu'à l'égard des tiers contractants. En réalité, il faut recourir à la notion de société créée de fait, tout comme en matière de concubinage, mais avec cette différence importante que, tandis que le concubinage suppose des faits matériels équivoques à interpréter, au cas de mariage annulé, l'option des pseudo-époux en faveur de tel ou tel type de société de fait se trouve révélée par les conventions matrimoniales caduques. On enseigne, comme un principe général, que la société de fait emprunte sa forme à la société qu'elle aurait dû constituer si elle avait été régulière, pourvu qu'elle ait été publiée ou pourvu qu'elle se soit présentée aux tiers sous la même forme⁽¹²⁰⁾. C'est ce principe qui reçoit ici application. Nous en avons assez dit, maintenant, pour synthétiser nos conclusions, rigoureusement déduites de la nature juridique du régime matrimonial, dans une proposition à laquelle il n'est pas besoin de commentaire :

Dans le cas où un mariage est annulé sans qu'il puisse valoir comme mariage putatif, on doit reconnaître entre les pseudo-époux l'existence, à titre de société de fait, d'une société ordinaire calquant aussi exactement que possible, dans sa structure et dans son mécanisme, le type de société conjugale qui aurait effectivement fonctionné si le mariage avait été valable.

(119) V. par ex. Aubry et Rau, VIII, § 506, texte et note 3 bis.

(120) Hémar, *op. cit.*, nos 243 et suiv.

SECTION II

LA NOTION DE MÉNAGE, SYNTHÈSE SUPRÊME DES NOTIONS DE SOCIÉTÉ CONJUGALE ET DE PERSONNALITÉ MORALE

La notion de ménage se situe dans le prolongement de la notion de société conjugale. Pour mieux dire, elle est la notion même de société conjugale, éclairée au contact de la notion de personnalité morale. Il ne s'agit pas d'un aspect distinct et autonome de la nature juridique du régime matrimonial : c'est indissolublement que cette nature juridique se traduit dans les notions de société et de personnalité morale. La personnification de la société conjugale, envisagée en soi comme dans les conséquences qui en découlent sur le terrain pratique, marque le plus haut degré de synthèse de la matière consignée dans cet ouvrage.

§ 1. — *Personnification de la société conjugale.*

I. — La notion de ménage.

Dans notre Droit positif, où il n'est pas de société (sous réserve de la société en participation) qui ne soit investie de la personnalité morale, la personnification de la société conjugale s'impose par le plus élémentaire des syllogismes ⁽¹²¹⁾. D'ailleurs, à propos de chacun des types de société conjugale, nous avons vérifié la réalisation de

(121) Avec la notion d'association conjugale, au contraire, il y aurait place pour des difficultés, car, dans notre droit, toute association n'est pas revêtue *de plano* de la personnalité morale. La personnification d'une prétendue association conjugale se concilierait mal, en tout cas, avec les tendances restrictives qui demeurent, à beaucoup d'égards, celles du législateur français sous l'empire de la loi du 1^{er} juillet 1901.

cette personnification, suivant une gamme d'intensité qui touche le minimum sous le régime de séparation de biens pour atteindre le maximum avec la communauté universelle. La société conjugale est toujours dotée de la personnalité morale, mais d'une personnalité plus ou moins atténuée, qui trouve un obstacle à son plein épanouissement dans la difficulté, toute physique, de délimiter le patrimoine social en face des patrimoines personnels des époux. Même si on le considère dans son type le plus fortement organique (à savoir la communauté de tous biens présents et à venir, qui est la seule à ne pas subir la concurrence de patrimoines rivaux), le régime matrimonial reste, sur l'échelle de la personnalité morale, un peu au-dessous de la société civile ordinaire : ces degrés de la personnalité nous sont devenus familiers, et l'imperfection ainsi constatée n'empêche pas de maintenir la proposition essentielle, selon laquelle le régime matrimonial constitue une société-personne morale. Toutefois, une précision est nécessaire, car cette proposition, par sa forme assez elliptique, pourrait induire en erreur : ce n'est pas le régime matrimonial lui-même qui est une personne morale. Le régime matrimonial est un ensemble de règles de droit se compénétrant et se hiérarchisant entre elles, une institution juridique. Or, la notion d'institution juridique ne s'identifie nullement avec la notion de personnalité morale. Si le contraire semble être soutenu par quelques auteurs, cela tient à la terminologie assez indécise dont usent ces protagonistes du mouvement « institutionnel » ⁽¹²²⁾. Quand on dit que le régime matrimonial constitue une personne morale, il faut comprendre qu'en tant qu'institution juridique, il organise, par la combinaison de ses règles de droit, la mise en œuvre d'une person-

(122) Comp. sur cette déviation du concept d'institution juridique, Bonnecase, *Science du droit civil; Considérations sur son état présent*, p. 33 et suiv.

nalité morale immanente. Ce n'est pas un tissu de règles de droit qui constitue la personne morale, mais un intérêt collectif. Nous sommes ainsi amené à reprendre les données fondamentales où se synthétise la théorie de la personnalité morale reposant sur l'idée de réalité ⁽¹²³⁾.

1° La personnalité morale suppose l'existence d'un intérêt collectif, par opposition à la personnalité physique, qui est l'expression de l'ensemble des intérêts inhérents à chaque individu et s'imposant à la protection du Droit. L'intérêt collectif, en l'espèce, est cet intérêt du ménage que la loi du 13 juillet 1907 a mis en relief. Comme tout intérêt collectif, il postule la personnification. Sans doute l'ancien Droit a-t-il pu admettre que l'intérêt collectif le plus haut, l'intérêt public lui-même, fût concrétisé par une personne physique telle que le roi, et cette conception a déteint sur notre Droit matrimonial : le mari est apparu, monarque absolu du foyer, comme incarnant seul l'intérêt du ménage; le système de Toullier sur la nature juridique de la communauté n'a pas d'autre inspiration. Mais aujourd'hui, expérimentalement et rationnellement, éclate l'inaptitude foncière de la personne physique à traduire autre chose que des intérêts individuels. L'intérêt collectif du ménage détermine la personnalité morale du ménage ou de la société conjugale. Nous avons, du reste, délimité cet intérêt du ménage en face de l'intérêt collectif de la famille, différenciant du même coup, au sein du régime dotal, la personnalité morale de la société conjugale et la personnalité morale de la fondation dotale. Une nouvelle précision est nécessaire. Le ménage renferme deux membres, deux associés : le mari et la femme, mais l'intérêt du ménage va plus loin; il s'étend aux enfants mineurs, qui n'ont pas pourtant la qualité d'associés. L'intérêt du ménage déborde les membres du ménage, tout comme,

(123) V. plus haut, p. 110 et suiv.

par exemple, l'intérêt syndical dépasse le cercle des syndiqués (124). Cette constatation est en harmonie avec la notion même de personnalité morale.

2° La personnalité morale nécessite l'existence d'un organisme destiné à concentrer les efforts des associés ou l'utilisation des biens communs sur la réalisation du but que commande l'intérêt collectif en jeu dans chaque cas. C'est précisément dans les règles de droit dont le régime matrimonial se compose, que l'intérêt collectif du ménage rencontre l'organisation qui lui est nécessaire pour s'extérioriser. En particulier, le régime matrimonial institue les organes du ménage et circonscrit leurs pouvoirs d'action. Le ménage poursuit ses fins par l'intermédiaire de deux organes : le mari, organe principal, qui centralise l'initiative et la direction; la femme, organe secondaire, agissant dans une branche spéciale de gestion : les actes domestiques. C'est là une donnée inhérente à l'essence même du ménage et, comme telle, indépendante des variétés concrètes de régimes matrimoniaux.

3° La personnalité morale comporte, de la part de ses membres ou de ses bénéficiaires, la conscience réelle, supposée ou imposée de l'intérêt collectif en jeu et du but réalisé où à réaliser en fonction de cet intérêt. Il n'est guère besoin ici de paraphrase. Nous savons que la jurisprudence relève cet élément psychologique, sous la forme de l'*affectio societatis*, chez de simples concubins. On ne s'éloigne donc pas de la vérité expérimentale en présument son existence chez des conjoints liés par le mariage, c'est-à-dire par une union volontaire de toute la vie. Un

(124) Comp. sur l'assimilation de l'intérêt syndical à l'intérêt de la profession : Cass., chambres réunies, 5 avril 1913 (S., 20. 1. 49, note Mestre; D., 14. 1. 63, arrêt Perreau); Civ., 28 nov. 1916 (S., 20. 1. 58, arrêt Ségol); Civ., 5 nov. 1918 (S. 20. 1. 59, arrêt de Juvigny); et, consacrant cette jurisprudence, l'art. 11, liv. III, C. trav. (loi du 12 mars 1920).

regard jeté autour de soi en dira plus long, sur ce point, qu'une longue dissertation.

4° La reconnaissance de la personnalité morale s'impose, scientifiquement et rationnellement, dès qu'un groupement ou une œuvre revêt une individualité sociale suffisamment caractérisée. En l'absence de textes directement contraires à la personnalité morale de la société conjugale, la thèse de la personnification doit l'emporter inéluctablement, pourvu qu'il soit démontré que le ménage parvient à dégager son individualité du milieu ambiant. Or, cette condition se trouve remplie : le ménage se présente, aux yeux les moins prévenus, comme une unité économique aussi bien que morale ⁽¹²⁵⁾; derrière Monsieur X... et Madame X..., on voit le ménage X..., agissant en tant qu'individualité distincte dans les démarches de la vie quotidienne. L'existence d'une habitation séparée, d'un foyer, d'un « feu », est en soi indifférente : c'est là un élément tangible qui renforce l'individualité du ménage, mais qui n'y est pas essentiel ⁽¹²⁶⁾. Les époux peuvent, notamment, se laisser héberger par les parents de l'un d'entre eux sans cesser pour autant de constituer un ménage à personnalité autonome. L'individualité du ménage,

(125) On pourrait être tenté de parler, ici encore, d'unité comptable ou d'individualité comptable, en invoquant la pratique (appuyée sur les art. 8 et 885-1° C. com.) suivant laquelle, dans les livres de commerce, les dépenses du ménage sont groupées en une rubrique distincte. Mais, sans revenir sur l'inanité de la notion d'individualité comptable, il faut déclarer que le rapprochement ainsi ébauché serait des plus fallacieux : la notion comptable de ménage, d'un empirisme grossier, ne coïncide pas avec la notion juridique; et, à tort ou à raison, la pratique n'est pas de suivre, dans la tenue des livres de commerce, le mécanisme du régime matrimonial du commerçant.

(126) Aussi est-il admis, aujourd'hui, que la femme ne peut pas exiger, en principe, une demeure spéciale et indépendante pour le ménage. Dans les premières années du Code civil, la jurisprudence semblait accueillir l'opinion contraire (Cass. civ., 9 janv. 1826, S., 26.1.262). Comp. sur son évolution, Guerbé, *L'article 214; étude historique et critique*, thèse Paris, 1910, p. 67 et suiv.

en effet, n'est pas simplement matérielle et accidentelle, mais juridique et substantielle, car elle tend, en définitive, à traduire la nature juridique du régime matrimonial.

3° Unité de la notion de personne morale et son identité avec la notion de sujet de droit; en conséquence, existence d'un lien indissoluble entre la notion de personne morale et la notion de personne physique. L'intérêt collectif du ménage, en tant qu'il est juridiquement protégé, se concrétise dans des droits, qui postulent techniquement un sujet : ce sujet de droit ne peut être que le ménage, la société conjugale personnifiée. Mais la personne morale ainsi constituée n'est pas indépendante des personnes physiques des associés : mari et femme, sans lesquels elle ne saurait vivre. Il faut même observer qu'elle est liée à une seconde zone de personnes physiques : les enfants mineurs, appelés à participer, sous une forme diffuse, à la vie du ménage, de même que la fondation dotale embrasse, à côté des époux-administrateurs, la série indéterminée des membres de la famille, qui sont susceptibles de devenir les bénéficiaires passifs de la dotalité.

La notion de ménage apparaît ainsi dans toute son ampleur comme une notion indivisiblement scientifique et technique : scientifique, parce qu'elle correspond à quelque chose de spontanément donné dans la réalité expérimentale; technique, parce qu'elle comporte une mise en œuvre complexe, faite de la réglementation même du Droit matrimonial. La notion de ménage semble tellement naturelle que l'on peut se demander comment, jusqu'ici, elle a si faiblement attiré l'attention doctrinale. Cela tient, sans doute, à ce qu'elle n'est sanctionnée expressément par aucun texte de portée générale, situation qui, pour l'esprit exégétique, équivaut au néant. Mais le Droit s'est, de nos jours, heureusement affranchi de l'esprit exégétique, et la notion de ménage ne doit pas lui paraître d'une

hardiesse plus insolite que, par exemple, la notion d'acte juridique : comme celle-ci, elle manque d'une consécration textuelle, mais elle se trouve virtuellement contenue dans les 'applications' concrètes et fragmentaires qu'en ont faites le Code civil et les lois postérieures. Exprimer la notion de ménage n'est même pas une construction juridique, c'est une maïeutique du Droit positif. Le mot très français de ménage figure, du reste, dans le vocabulaire du législateur. Il mérite d'être conservé par l'interprète, car il évoque bien, par son allure personnificatrice, cette idée que le mariage unit les époux dans un groupement pourvu d'une individualité distincte. Matérialisée dans un tel mot, la notion de ménage se manifeste comme une notion synthétique au premier chef. Non seulement elle est à la jonction des notions de société conjugale et de personnalité morale, mais encore elle est l'arête qui domine les deux versants du Droit matrimonial : le mariage et le régime des biens entre époux. C'est le mariage qui, par l'union sexuelle et la cohabitation qu'elle implique, forme le support du ménage; c'est le régime matrimonial qui, par sa réglementation des rapports pécuniaires, charpente le ménage en société. Au sommet de toutes les notions, la notion de ménage éclaire d'un jour nouveau toutes les difficultés du Droit matrimonial. Parmi ces difficultés, nous en considérerons une, tant elle est caractéristique : l'incapacité de la femme mariée. Charnière du mariage et du régime matrimonial, l'incapacité de la femme est la hantise perpétuelle de ceux qui ne veulent pas voir entre les époux une société personnifiée. Poursuivant notre chemin de synthèse, nous allons examiner comment, au contraire, cette incapacité s'intègre dans la notion même de ménage.

La question est tellement complexe, tellement noyée d'influences historiques contradictoires, d'intentions législatives douteuses et de textes confus, qu'on ne peut faire

d'avantage ici que de l'esquisser. C'est devenu un lieu commun de mettre la femme mariée, sous un régime quelconque, au même rang que les autres catégories d'incapables frappés d'une incapacité générale⁽¹²⁷⁾. Il nous paraît plus exact de parler, en l'espèce, d'incapacité spéciale⁽¹²⁸⁾, et nous en venons à dire que l'incapacité de la femme mariée n'existe pas en soi, en tant que principe se suffisant à lui-même, mais seulement comme produit d'une combinaison de facteurs divers. Que l'on envisage la communauté universelle. L'impossibilité, pour l'épouse, d'accomplir des actes d'administration et de disposition est une conséquence de la nature juridique du régime, ce n'est pas une véritable incapacité : il est évident qu'un associé ne peut disposer des biens sociaux, qui sont dans le patrimoine de la personne morale, ni les administrer, lorsqu'il n'est pas investi de la gérance. Sans doute est-il des opérations qui sont interdites à la femme non autorisée quoiqu'elles semblent rester hors du champ de la communauté universelle la plus étendue : la femme ne peut s'obliger, se choisir une profession, poursuivre en justice des actions extrapatrimoniales, etc. Mais est-il sûr que ces opérations n'intéressent pas la société conjugale ? Elles ont toutes pour trait commun de porter sur l'activité économique ou purement sociale de l'épouse. Or l'épouse n'est plus maîtresse de cette activité : elle en a fait apport à la communauté, société universelle. On discute de la nature des relations qui s'établissent entre une société et un apporteur en industrie ; Pardessus y a vu un lien comparable au louage de services⁽¹²⁹⁾. Ce qu'il y a d'incontestable, c'est que, tout comme le contrat de travail, l'apport

(127) V. par ex. Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, III, n° 2181 ; Planiol, Ripert et Rouast, *La famille*, n° 408.

(128) En ce sens, Bonnet, *Supplément au Traité de Baudry-Lacantinerie*, IV, n° 315.

(129) Pardessus, *Cours de droit commercial*, III, n° 989. — Comp. Pont, *Sociétés*, I, n° 300.

en industrie ne peut pas ne pas impliquer une certaine subordination⁽¹³⁰⁾, non pas d'associé à associé, mais d'associé à personne morale. Ainsi, sous le couvert de la notion d'incapacité, c'est la société conjugale, représentée par le mari, qui contrôle l'activité générale de la femme et la canalise dans le sens exigé par l'intérêt collectif du ménage. Que si nous passons de la communauté universelle à l'autre pôle matrimonial : la séparation de biens, nous constatons que l'activité de l'épouse y est soumise aux mêmes restrictions. La femme séparée de biens n'a certes pas engagé à la société conjugale la somme des services dont elle est susceptible, mais elle y a apporté une certaine branche d'industrie en ce qu'elle doit au ménage ses soins domestiques. L'apport d'une industrie aussi peu spécialisée confère à la société conjugale un droit de regard très vaste sur la conduite de la femme; l'autorisation matrimoniale se révèle comme un instrument nécessaire pour empêcher l'éparpillement de cette énergie que la femme doit réserver au ménage. Au contraire, le patrimoine social, sous le régime de séparation de biens, n'englobant pas les biens de la femme, on comprend que celle-ci, qui n'est pas incapable en soi, ait la libre administration de sa fortune. Toutefois, elle ne peut faire d'actes de disposition (art. 1449) : est-ce une anomalie, un retour à la conception courante de l'incapacité? Nullement. Nous savons que, sous le régime de séparation de biens, les conjoints sont tenus envers la société conjugale d'une série indéfinie de prestations, sous forme de contributions aux charges du mariage. La société conjugale a donc, contre chacun d'eux, une créance éventuelle et indéterminée; c'est, d'ailleurs, à une idée analogue qu'on aboutirait en parlant d'apport en cré-

(130) V. pour ce caractère essentiel du contrat de travail, Cuche, *Du rapport de dépendance, élément constitutif du contrat de travail* (*Revue critique*, 1913, p. 412), et Cass. civ., 6 juill. 1931. (D., 31. 1. 121, note de M. Pic).

dit. Le ménage, créancier chirographaire, se trouve, par rapport aux biens des époux, dans un contact direct, qui manifeste sa qualité d'ayant cause à titre particulier. Du côté du mari, ce contact existe, et il a été pris en considération, nous le verrons, par la jurisprudence touchant l'action paulienne en matière de dot. Du côté de la femme, ce contact se traduit, plus fortement encore, par un pouvoir d'intervention reconnu au ménage dans la gestion du patrimoine de sa débitrice : sans l'autorisation de l'organe de la personne morale, la femme ne peut pas compromettre, par des actes de disposition, l'élément-capital qui sert de garantie à sa dette. Entre les deux extrêmes : communauté universelle, séparation de biens, s'engrène la chaîne des autres régimes : avec des adaptations, les solutions dégagées y sont applicables. L'épouse amoindrit sa capacité dans la mesure des apports en propriété, en jouissance, en industrie, en crédit, qu'elle absorbe dans le patrimoine social. D'un mot, la personnalité morale du ménage et l'incapacité de la femme mariée sont la convexité et la concavité d'une même courbe. L'incapacité de la femme n'est instituée ni dans l'intérêt du mari ni dans l'intérêt de la femme, mais dans l'intérêt collectif du ménage. C'est sans doute au mari, organe principal de la personne morale, qu'appartient normalement l'appréciation de l'intérêt collectif, et ce cumul des rôles d'associé et d'organe a été une source d'illusion. Pourtant, à l'occasion, l'emprise du ménage sur la capacité de l'épouse glisse des mains maritales et apparaît à l'état pur, exercée par les tribunaux sous l'aspect significatif de l'autorisation de justice, voire (ce qui n'a de paradoxal que l'apparence) exercée par l'épouse elle-même sous l'aspect équivoque de la demande en nullité. On voit donc combien l'incapacité de la femme mariée se différencie, dans son essence, de l'incapacité du mineur ou de l'interdit, à laquelle la doctrine classique, sur la foi de l'article 1124, prétend l'assimiler.

Si l'on voulait vraiment élucider par une analogie la nature de l'incapacité de l'épouse, il faudrait plutôt évoquer ces restrictions volontaires à la liberté individuelle du commerce et de l'industrie, par lesquelles un associé s'interdit de participer à l'activité d'une entreprise concurrente⁽¹³¹⁾. Mais peut-être plus frappante encore serait la comparaison que suggère le droit des faillites. Le jugement déclaratif a pour effet bien connu de suspendre les poursuites individuelles. Chaque créancier se trouve, par là même, atteint d'une incapacité spéciale et temporaire, qui, loin de résider dans sa personne, n'est que le contre-coup de l'existence centralisatrice de la masse, société douée de personnalité morale. Ainsi, au dernier terme de cette synthèse, l'incapacité de la femme mariée se présente comme un moyen unilatéral et empirique d'assurer le fonctionnement du ménage en tant que société personnalisée.

II. — La notion d'union conjugale en Droit suisse, comparée à la notion de ménage en Droit français.

Malgré les justifications accumulées, la notion de ménage, telle qu'elle vient d'être mise en lumière, est susceptible de troubler des préjugés. Les préjugés, pour se défendre, ne voudront voir dans la conception proposée qu'un morceau de bravoure, sans portée positive. Par bonheur, le Droit comparé nous prête secours. La notion de ménage est si peu outrancière, si peu théorique et hypothétique que, sous un autre nom, avec des particularités de réglementation différentes, elle se trouve consacrée non plus

(131) Ces restrictions ne sont, d'ailleurs, validées par notre jurisprudence qu'autant qu'elles ne sont illimitées ni dans le temps ni dans l'espace. Cass. civ., 19 déc. 1860 (D., 61. 1. 115); 4 mars 1904 (D., 1904. 1. 613). — Comp. Al. Sanhoury, *Les restrictions contractuelles à la liberté individuelle de travail en droit anglais*, thèse Lyon, 1925, p. 326 et suiv.

implicitement, mais expressément par une des législations européennes les plus neuves. Nous faisons allusion à la notion d'union conjugale, telle que le Code civil suisse la sanctionne, dans le titre 5 de son livre II, sous la rubrique « Des effets généraux du mariage ». Etant donnée l'importance qu'offre ce système du Droit suisse comme légitimation du système que nous croyons pouvoir dégager du Droit français, il importe de s'arrêter quelque peu là-dessus. On constatera, du reste, sans ironie, qu'il n'est pas de meilleur procédé pour acclimater en France une notion juridique nouvelle que de lui découvrir une parenté à l'étranger.

Commençons par reproduire les textes qui traduisent les divers aspects de la notion d'union conjugale. L'article 159 est la disposition essentielle, qui fait connaître la genèse de l'union conjugale et le but auquel elle est liée : « *La célébration du mariage crée l'union conjugale. — Les époux s'obligent mutuellement à en assurer la prospérité d'un commun accord et à pourvoir ensemble à l'entretien et à l'éducation des enfants. — Ils se doivent l'un à l'autre fidélité et assistance.* » L'article 160 institue le mari comme organe prépondérant : « *Le mari est le chef de l'union conjugale. — Il choisit la demeure commune et pourvoit convenablement à l'entretien de la femme et des enfants.* » L'article 161 renferme une notion du ménage, qui ne coïncide pas avec la notion propre du Droit français : le ménage (Haushalt, *economia domestica*) est une branche de la gestion au sein de l'union conjugale; il embrasse les attributions domestiques de la femme : « *La femme porte le nom et acquiert le droit de cité de son mari. — Elle lui doit, dans la mesure de ses forces, aide et conseil en vue de la prospérité commune. — Elle dirige le ménage.* » Les articles 162 et 163 règlent la représentation de l'union conjugale, soit par le mari, soit par la femme : « *Le mari représente l'union conjugale. — Il*

s'oblige personnellement par ses actes, quel que soit le régime matrimonial. ». « *L'union conjugale est représentée, pour les besoins courants du ménage, par la femme comme par le mari.* — Le mari est tenu des actes de la femme, en tant qu'elle n'excède pas ses pouvoirs d'une manière reconnaissable pour les tiers. » L'article 167 met le lecteur en contact avec la notion de l'intérêt de l'union conjugale, intérêt qui est, d'ailleurs, distinct de l'intérêt de la famille : « La femme a le droit, quel que soit son régime matrimonial, d'exercer une profession ou une industrie avec le consentement exprès ou tacite du mari. — Si le mari refuse son consentement, la femme peut être autorisée par le juge à exercer une profession ou une industrie, lorsqu'elle établit que cette mesure est commandée par *l'intérêt de l'union conjugale ou de la famille.* » Avec l'article 169, cette notion des intérêts de l'union conjugale se répète : « Lorsqu'un des époux néglige ses devoirs de famille ou expose son conjoint à péril, honte ou dommage, la partie lésée peut requérir l'intervention du juge. — Le juge cherche à ramener l'époux coupable à ses devoirs et, s'il n'y réussit pas, prend les mesures prévues par la loi pour sauvegarder *les intérêts de l'union conjugale.* » A ces textes, il convient d'ajouter certaines mentions de l'union conjugale, éparses dans le titre 6 du livre II, titre relatif au régime matrimonial. C'est ainsi que, dans le réglementation du régime de l'union des biens, on rencontre un article 200, conçu de la sorte : « Le mari administre les biens matrimoniaux. — Les frais de gestion sont à sa charge. — La femme n'a le pouvoir d'administrer que dans la mesure où *elle a qualité pour représenter l'union conjugale.* » L'article 200 ne doit pas être séparé de son corollaire, l'article 203 : « La femme peut disposer des biens matrimoniaux dans la mesure où *elle a qualité pour représenter l'union conjugale.* »

A parcourir cette suite d'articles, on éprouve l'impression irrésistible de se promener dans un paysage déjà familier. L'union conjugale, susceptible d'être représentée, fondée sur un intérêt collectif distinct de l'intérêt de la famille, rappelle invinciblement la notion de ménage-sujet de droit développée par nous. Toutefois, dans aucune législation, il n'est vrai de dire que les textes parlent d'eux-mêmes : les articles précités du Code helvétique laissent entrevoir un penchant personnificateur très suggestif, mais ils ont besoin d'être éclairés par quelques commentaires. On est tenté de chercher des éclaircissements dans les travaux préparatoires; on en est d'autant plus tenté que les civilistes suisses de l'heure actuelle marquent une tendance exégétique certaine à interpréter la codification sur la base de l'intention du législateur de 1907. Sacrifiant pour l'instant à cette tendance, de l'exposé des motifs qui précède l'avant-projet du Département fédéral de justice et police, exposé dû à la plume du Professeur Eugène Huber, nous allons extraire les passages relatifs à l'union conjugale.

« Le deuxième principe consacré par le projet, déclare Huber, est celui-ci : les époux forment une union embrassant leurs personnes et leurs biens. L'homme et la femme ont des droits et des devoirs communs, tant l'un envers l'autre qu'envers les enfants. *Il est impossible de ne pas reconnaître que cette union a une certaine parenté avec la société, quoiqu'elle ne puisse lui être assimilée. Elle se manifeste en Droit civil par le fait que la fortune conjugale, constituée par les apports des deux époux, est destinée en première ligne à l'entretien des membres de la famille.* Au décès d'un des conjoints, le survivant a la faculté de continuer la communauté avec les enfants mineurs issus du mariage. Que le survivant soit le père ou la mère, les enfants sont soumis aux règles de ladite communauté; ce qu'ils gagnent en fait partie, et le conjoint

survivant utilise leurs revenus dans l'intérêt commun. Elle ne doit, effectivement, pas être dissoute, tant qu'il subsiste un des parents et un enfant mineur. Seul un second mariage peut entraîner la dissolution de la communauté. L'union crée entre les époux des rapports personnels et réels. Elle réside dans les sacrifices que chacun d'eux doit s'imposer pour l'avantage commun. Mais elle peut aussi résider dans la circonstance que les époux contractent un lien assimilable à la parenté et qu'ils acquièrent de ce chef des droits accordés aux parents, c'est-à-dire les droits résultant pour l'un de la mort de l'autre. » (132). Après avoir souligné que « l'union conjugale a un caractère moral aussi bien qu'un caractère juridique » (133), Huber en vient à délimiter le cercle des personnes qu'elle contient : « L'union conjugale, écrit-il, n'embrasse pas uniquement la personne et les biens des époux, elle s'étend aussi aux enfants, encore qu'elle n'embrasse pas tous les rapports entre parents et enfants. Nous avons jugé utile d'attribuer expressément ce sens étendu au terme d'union conjugale. Le terme de « famille », dans lequel on aurait pu comprendre les époux et les enfants, devra être employé dans une acception encore plus large. Au demeurant, ceci nous dispense de mentionner continuellement, dans les dispositions suivantes, à côté de l'union conjugale, la famille. Il ressort de la notion de l'union conjugale que celle-ci existe même si les époux n'ont pas de ménage distinct, et nous n'avons pas dès lors de motif d'insister sur ce point. ». « *La nature et les effets de l'union conjugale*, continue Huber, nous permettent d'organiser sa représentation, tout naturellement, sur le modèle de celle des sociétés. Le mari a une situation correspondant à celle

(132) *Exposé des motifs de l'Avant-projet du Département fédéral de Justice et Police*, 1902, p. 93-94.

(133) *Exposé des motifs*, p. 131.

de l'associé-gérant. Son droit général de représentation passe exceptionnellement à la femme. En outre, cette dernière a un droit de représentation restreint, pour les besoins du ménage. Mais, ni dans un cas ni dans l'autre, elle ne représente son mari; sa situation est également celle d'un associé-gérant. En tant, à la vérité, qu'elle agit dans les limites de son droit de représentation, ses actes ne l'engagent pas elle-même, mais son mari; ceci toutefois résulte non de ce qu'elle a représenté son conjoint, mais de ce que celui-ci supporte les charges de l'union conjugale. » (134).

L'appel constant à la notion de société, pour traduire la nature juridique de l'union conjugale, abonde manifestement dans notre sens. Toutefois, cet appel est présenté comme revêtant la portée d'une simple analogie et non d'une classification scientifique. De là un flottement indéniable dans la pensée du Professeur Huber. D'autre part, une question capitale est laissée en suspens : est-ce que la notion de société peut encore servir de terme de comparaison, quand on la considère sous l'angle de la personnalité morale?

Les hésitations dont témoigne l'exposé des motifs se sont fatalement reproduites dans l'Ecole suisse de l'Exégèse; elles s'y sont peut-être même amplifiées. Il n'est pas étonnant, par exemple, qu'un auteur comme Curti-Forrer, qui suit la méthode exégétique pure et dont l'œuvre n'est guère qu'une glose marginale de chaque mot du Code, il n'est pas étonnant qu'un tel auteur, se fermant toute vue d'ensemble sur le problème, refuse d'admettre la personification de l'union conjugale. « La loi, remarque-t-il, ne dit pas ce en quoi consiste l'union conjugale. Elle crée en premier lieu entre les époux un lien moral qui ne dépend du Droit que dans une certaine mesure. Le principe, comme

(134) *Exposé des motifs*, p. 132-134.

maint autre en Droit matrimonial, n'a qu'une importance indirecte au point de vue juridique et parce que sa violation dans certains cas constitue un motif de divorce... *L'union conjugale n'a pas d'existence juridique propre; elle n'est pas sujette de droits ni ne constitue une personne juridique.* » ⁽¹³⁵⁾. Le rejet de l'idée de personnalité morale n'empêche pas Curti-Forrer d'accueillir, au moins à titre d'analogie, l'idée de société, et même de société-acte juridique, car il paraît lier l'union conjugale à un accord de volontés : « *L'union conjugale est une union, un accord analogue à une société, mais à laquelle ne s'appliquent pas les règles sur les sociétés.* » ⁽¹³⁶⁾. « La situation (du mari), précise-t-il plus loin, est analogue à celle d'un associé-gérant indéfiniment responsable dans une société en nom collectif. » ⁽¹³⁷⁾.

Les développements de MM. Rossel et Mentha, tout en affectant une allure plus synthétique, ne laissent pas de verser dans le vague et même dans la contradiction. « Le mariage, y lit-on, est une association, une « union » plutôt, union des intérêts matériels ou moraux, dans laquelle aucun des deux associés n'est plus livré, ni sacrifié à l'autre. » ⁽¹³⁸⁾. Pareil langage n'a qu'un tort : c'est qu'il rappelle par trop la fameuse notion d'association conjugale, avec toute sa fausseté captieuse. Les deux auteurs arrivent, de la sorte, en face de l'article 159, al. 1 : « N'est-ce là, se demandent-ils, qu'une phrase décorative, qu'une construction doctrinale? *L'union conjugale, comme telle, n'est pas un être juridique distinct de la personne des époux ou de celle des membres de la famille. Elle ne possède pas de droits, toujours comme telle, ni ne con-*

(135) Curti-Forrer, *Commentaire du Code civil suisse* (traduction Porret, 1912), sur l'article 159, note 1.

(136) Curti-Forrer, *op. cit.*, sur l'article 159, note 4.

(137) Curti-Forrer, *op. cit.*, sur l'article 162.

(138) Rossel et Mentha, *Manuel de droit civil*, 2^e éd., 1922, I, n^o 409.

tracte d'obligations. Cet être abstrait n'a pour nous qu'une utilité terminologique... » ⁽¹³⁹⁾. Ainsi, négation de la personnification de l'union conjugale. Seulement les éminents juristes se hâtent d'ajouter : ... « *c'est l'ensemble des intérêts collectifs du mariage* » ⁽¹⁴⁰⁾, sans prendre garde qu'avec la notion d'intérêt collectif, ils sont projetés, malgré qu'ils en aient, au cœur de la personnalité morale. Et quand ils observent que le Code civil allemand (art. 1333) « *ne personnalise point le mariage et ses effets* » ⁽¹⁴¹⁾, qu'est-ce à dire si ce n'est que le Code helvétique, lui, les personnalise, et qu'est-ce que personnaliser, sinon personnifier? La contradiction est flagrante. Au reste, sur la notion de société, la pensée de MM. Rossel et Mentha rejoint celle de Huber et de Curti-Forrer : « Il existe une réelle analogie... entre la représentation de l'union conjugale et celle des *sociétés en nom collectif*. Le mari a le rôle de l'associé-gérant, et ce n'est qu'exceptionnellement que son droit de représentation passe à l'épouse, les charges du mariage lui incombant principalement à lui. Mais en tant qu'elle est autorisée à représenter les intérêts communs, dans l'espèce de l'article 163 comme dans celle de l'article 166 (V., en outre, l'art. 167), sa situation à elle aussi est assimilable à la situation d'un associé-gérant. » ⁽¹⁴²⁾. Cependant, Rossel et Mentha relèvent une différence de mécanisme entre l'union conjugale et la société en nom : « (Les actes de représentation du mari) sont les siens, à l'égard des tiers, autant que ceux de l'union conjugale. C'est sa responsabilité même qui est engagée à titre primaire, sur tous ses biens, contrairement à ce qui a lieu dans la société en nom collectif. » ⁽¹⁴³⁾.

Semblable interprétation est, dans ses grandes lignes,

(139-140-141) Rossel et Mentha, *op. cit.*, I, n° 411.

(142) Rossel et Mentha, *op. cit.*, I, n° 414.

(143) Rossel et Mentha, *op. cit.*, I, n° 415.

celle de tous les civilistes suisses qui ont abordé la question. C'est ainsi que Droin insiste sur le fait que l'union conjugale n'a pas d'existence juridique distincte, et ne constitue pas une personne morale ⁽¹⁴⁴⁾. Après avoir déclaré que le mariage crée entre les époux une communauté du droit de famille, qui fait naître une série de droits et d'obligations, les uns juridiques, les autres moraux, Gmür apporte une précision positive à la nature de l'union conjugale : selon lui, l'union conjugale se rapproche de la communauté en mains communes ⁽¹⁴⁵⁾. Or, nous savons ce qu'il faut penser de cette dernière notion. Enfin, Egger rappelle — ce qui n'est pas sans intérêt à notre point de vue — que le Droit suisse oppose la conception de l'union conjugale à celle du contrat, et il ajoute que l'organisation légale de cette institution est fondée sur un principe social (*genossenschaftlich*) ⁽¹⁴⁶⁾.

En somme, on est obligé de constater que les commentateurs montrent jusqu'ici peu d'empressement à développer la notion d'union conjugale dans toutes les déductions qu'elle comporte. S'ils consentent à mettre l'union conjugale en parallèle avec la société, ils répugnent à l'ériger en sujet de droit. En toute hypothèse, ils négligent d'en établir les rapports avec le régime matrimonial. Ils ne sont pas loin de penser, au fond, qu'il s'agit là d'un simple mot sans valeur juridique; comme si le législateur avait placé une telle notion au frontispice du Droit matrimonial pour lui donner la portée d'une considération platonique de pure philosophie. Au point où nous en sommes de nos recherches, il nous est, au contraire, facile de reconnaître dans l'article 159 du Code civil suisse une traduction de la nature juridique du régime matrimonial *in*

(144) Droin, *Les effets généraux du mariage et le régime matrimonial*.

(145) Gmür, *Familienrecht*, I (2^e éd., 1923), p. 271.

(146) Egger, *Das Familienrecht des schweizerischen Zivilgesetzbuches*.
p. 436.

abstracto, en tant que société investie de la personnalité morale : le mariage crée entre les époux une société conjugale personnifiée, qui trouve son organisation variée dans les divers types de régimes matrimoniaux. La notion d'union conjugale apparaît comme la notion dirigeante du Droit matrimonial suisse; elle est dotée d'une force d'expansion immense, que les rédacteurs du Code helvétique eux-mêmes n'avaient sans doute pas soupçonnée. Le malheur de cette notion est d'avoir rencontré une méthode d'interprétation peu apte à en faire ressortir la signification synthétique, c'est aussi d'avoir vu le jour dans une ambiance saturée de la théorie de la *Gesammte Hand* et, partant, hostile à la personnification des sociétés de personnes. Mais on peut prédire qu'un temps viendra où, par une réaction inévitable, l'Exégèse suisse — non sans avoir produit quantité d'œuvres très remarquables en soi — devra céder la place à un système plus scientifique, tandis qu'achèvera de se consommer la ruine de la *Gesammte Hand*. La notion d'union conjugale se manifestera alors dans toute son ampleur, comme une notion essentielle, pendant exact de notre notion de ménage et, au même degré qu'elle, principe d'une série indéfinie de conséquences pratiques.

§ 2. — *Conséquences de la personnalité morale
de la société conjugale.*

Il ne faut pas songer à transporter ici sans discernement toutes les conséquences pratiques que l'on attache, d'ordinaire, à l'idée de personnification. Nous savons que la personnalité morale de la société conjugale est une personnalité réduite ou, pour mieux dire, adaptée à sa raison d'être : les effets inhérents à la notion parfaite de personnalité morale ne se produiront, en matière de société conjugale, que dans la mesure limitée où ils seront

à la fois indispensables à la réalisation du but commandé par l'intérêt collectif du ménage et conciliables avec les données naturelles imposées par l'organisation de la famille. Parmi les conséquences de la personnification de la société conjugale, il en est qui ont déjà reçu la sanction de la loi ou de la jurisprudence; leur mention ne sera que la contre-épreuve de notre doctrine. Il en est d'autres, au contraire, qui demeurent encore ignorées; nous les poserons comme autant de déductions systématiques de la notion de ménage. Un tel point de vue implique l'adoption d'un classement rationnel de ces conséquences — tâche malaisée. Nous emprunterons à un ouvrage récent, avec les adaptations nécessaires, un tableau des conséquences pratiques de la personnalité morale⁽¹⁴⁷⁾. Nous détacherons ensuite une de ces conséquences pour la soumettre à un examen particulier, à raison de l'important mouvement jurisprudentiel dont elle est le support : nous faisons allusion à la nature juridique des constitutions dotales envisagée sous l'angle de l'action paulienne.

I. — Tableau rationnel des conséquences pratiques découlant de la personnalité morale de la société conjugale.

A. — LE STATUT OU ÉTAT CIVIL DE LA SOCIÉTÉ CONJUGALE EN TANT QUE SUJET DE DROIT

1° *La société conjugale a un domicile propre.* — Comme dans toute société personnifiée, ce domicile est fixé au lieu du principal établissement (art. 102) et s'identifie avec le siège social, centre de l'activité juridique de la personne morale. Le siège social du ménage prend le nom de domicile conjugal ou encore, en droit international privé, de domicile matrimonial⁽¹⁴⁸⁾. La femme mariée, édicte

(147) Vavasseur (7^e éd., par Bonnecase), I, nos 90 à 126 bis.

(148) Terminologie équivoque, car on désigne sous cette expression, en droit interne, le domicile qui fixe la compétence de l'officier de l'état civil

l'art. 108, n'a point d'autre domicile que celui de son mari. L'unité de domicile, effet de la puissance maritale, conduit à domicilier le ménage chez le mari. De fait, c'est dans ce lieu, où cohabitent les époux, que se centralise la vie juridique de la société conjugale, comme aussi la plupart de ses opérations matérielles, ce qui crée une coïncidence normale et décisive entre le siège social et le siège d'exploitation.

2° *La société conjugale a une nationalité propre.* — Cette notion capitale de la nationalité du ménage sera approfondie au chapitre suivant, au sein du problème qu'elle domine : le conflit de lois en matière de régimes matrimoniaux.

3° *La société conjugale est capable d'accomplir, par l'intermédiaire de ses organes, les divers actes de la vie juridique qui sont nécessaires à la réalisation de son objet social.* — C'est ainsi que nous avons relevé la capacité du ménage à s'obliger ⁽¹⁴⁹⁾, à se porter caution ⁽¹⁵⁰⁾, à entrer comme associé dans une autre société ⁽¹⁵¹⁾, à acquérir à titre onéreux et même à titre gratuit ⁽¹⁵²⁾. Ces conséquences sont évidentes pour le régime de communauté; elles pourraient être étendues aux autres régimes dans les limites de leur personnalité plus atténuée : nous en avons déjà vu des exemples.

4° *La société conjugale est capable de figurer, en qualité de partie, dans les rapports processuels.* — Aucune règle légale ne s'opposerait à ce que les actes de procédure concernant la société conjugale fussent rédigés au nom du ménage X... pris comme raison sociale. En fait, la prati-

en matière de célébration du mariage (Planiol, Ripert et Rouast, *La famille*, n° 195).

(149) V., par ex., p. 126.

(150) V. *supra*, p. 415.

(151) V. *supra*, p. 439.

(152) V. *supra*, p. 338.

que est un peu différente, mais elle ne contredit pas pour cela l'idée de personnification. Il est admis que l'usage de la raison sociale, dans les exploits intéressant une société quelconque, est un procédé facultatif, qui n'exclut pas la possibilité pour la société d'assigner ou d'être assignée en la personne d'un associé administrateur ⁽¹⁵³⁾. La société conjugale sera valablement liée à l'instance par une signification faite à la requête ou à l'encontre du mari, gérant principal, tout comme la société en commandite, par exemple, est liée par une copie unique signifiée à la requête ou à l'encontre de l'associé commandité. A un autre point de vue encore, la personnalité morale de la société conjugale se manifeste en Droit procédural : nous visons l'article 49-6° du Code de procédure, qui dispense du préliminaire de conciliation « les demandes formées contre plus de deux parties, encore qu'elles aient le même intérêt ». Une action intentée contre une société personnifiée et un tiers ne saurait bénéficier de cette dispense ⁽¹⁵⁴⁾. Qu'en est-il à l'égard de la société conjugale ? Des auteurs décident que, partout et toujours, à quelque titre que les époux figurent au procès, ils comptent pour deux ⁽¹⁵⁵⁾, et cette opinion semble avoir été approuvée par la Cour de cassation dans un arrêt de Rochetaillée du 20 mars 1877 ⁽¹⁵⁶⁾. A l'opposé, une fraction considérable de la doctrine se livre à des distinctions, mais à des distinctions qui ne s'inspirent aucunement d'une conception scientifique de la nature juridique des régimes matrimoniaux ⁽¹⁵⁷⁾.

(153) Comp. Garsonnet et Cézard-Bru, *Traité théorique et pratique de procédure civile*, II, n° 138.

(154) En ce sens, Vavasseur (7^e éd.), I, n° 121. — *Contra* Garsonnet et Cézard-Bru, *op. cit.*, II, n° 164, et les conclusions de l'avocat général de Raynal, sous Cass. civ., 19 déc. 1866 (S., 67. 1. 12).

(155) Rodière, *Compétence et procédure*, I, p. 170; Garsonnet et Cézard-Bru, *op. cit.*, II, n° 164.

(156) Req., 20 mars 1877 (S., 77. 1. 487, note critique Ortlieb).

(157) Boncenne, *Théorie de la procédure civile*, II, p. 40; Boitard et

Selon nous, quand le mari n'est mis en cause qu'aux fins d'autorisation de la femme, c'est-à-dire quand seul l'intérêt de la femme est directement en jeu dans l'instance, il faut décider que, du côté conjugal, il y a deux défenseurs distincts : la femme, gardienne de son intérêt personnel; le mari, gardien de l'intérêt collectif du ménage et agissant, en réalité, comme représentant du ménage en vue de contrôler l'activité extrasociale de l'épouse. Nous rejoignons en cela la jurisprudence affirmée par l'arrêt de Rochetaillée (158) et nous condamnons le système contraire de la seconde catégorie d'auteurs, système qui se fonde sur une assimilation fautive et déjà critiquée de l'incapacité de la femme à l'incapacité du mineur ou de l'interdit. En revanche, lorsque les conjoints sont assignés l'un et l'autre à titre principal pour les intérêts communs du ménage, alors même que le mari serait également assigné aux fins d'autorisation, nous considérons qu'ils constituent à eux deux une seule tête. Cette conséquence est acceptée par une fraction de la doctrine en ce qui touche le régime de communauté : sur l'article 49-6° Code de procédure, Boncenne et Bonnier invoquent la nature juridique de la communauté conjugale en tant qu'être moral; et, si surprenant que cela paraisse, on cite à l'appui un passage de Toullier (159). Mais tout le monde se refuse à tenir un raisonnement analogue pour les régimes non communau-

Colmet-Daage, *Leçons de proc. civ.*, I, n° 91; Bonnier, *Éléments de proc. civ.*, n° 37; Carré et Chauveau, *Lois de la procédure*, I, quest. 212 *ter*; Glasson et Tissier, *Traité théorique et pratique de proc. civ.*, II, n° 473.

(158) Comp. dans le sens de l'arrêt de Rochetaillée : Besançon, 13 févr. 1856 (D., 56. 2. 119) et, sur pourvoi, Req., 9 déc. 1856 (*Journal des avoués*, t. 82, p. 26); Chambéry, 9 janv. 1884 (D., 85. 2. 62); Req., 4 juill. 1893 (D., 93. 1. 470). — En sens contraire, Bourges, 9 juill. 1821 (*Rép. Dalloz*, v° *Conciliation*, n° 213).

(159) Toullier, VI, n° 718 : « (Les époux) sont censés ne stipuler et ne promettre que pour la personne morale de la communauté. » Cela n'empêcha pas Toullier de critiquer plus tard la théorie de la communauté-personne morale.

lares. Il y a là, croyons-nous, une erreur. Peu importe que l'instance soit engagée par exploits séparés contre les deux conjoints : dès lors qu'elle est soulevée à l'occasion d'un fait qui ressortit à l'objet social du type de société conjugale en jeu dans l'espèce ⁽¹⁶⁰⁾, il faut décider que c'est la société conjugale elle-même qui est assignée en la personne des époux associés, que, derrière les deux époux, il y a un seul défendeur, le ménage, et que, par tant, le préliminaire de conciliation peut redevenir, le cas échéant, nécessaire.

B. — LA CONDITION JURIDIQUE DU PATRIMOINE
DE LA SOCIÉTÉ CONJUGALE

La société conjugale a un patrimoine propre. — Cette séparation du patrimoine social et des patrimoines personnels des associés, caractéristique de la notion de personnalité morale, présente plusieurs aspects.

a) Durant la vie de la société, les biens sociaux ne sont pas à l'état d'indivision. Ce n'est qu'après la dissolution qu'il peut y avoir indivision et partage, et l'effet rétroactif du partage ne saurait remonter au delà du jour de la dissolution ⁽¹⁶¹⁾. Cette conséquence n'offre guère d'importance pratique qu'en matière de communauté, car, sous les autres régimes, l'actif social ne comprenant que des meubles fongibles destinés à être consommés rapidement, il n'existe en principe rien à partager ⁽¹⁶²⁾.

(160) Il en est ainsi, en particulier, quel que soit le régime matrimonial, toutes les fois que les poursuites sont exercées contre les deux époux à raison des dettes contractées par l'un d'eux pour l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants.

(161) V. plus haut, p. 373.

(162) Il y a, pourtant, des exceptions. Sous le régime de séparation des biens, lorsque la possession de certains meubles est équivoque entre les deux époux, il convient, selon nous, d'en attribuer la propriété au ménage personnifié (V. plus haut, p. 92) : de là la nécessité postérieure d'un partage. En matière de régime dotal et, par extension, de régime sans communauté, l'article 1571 prévoit qu'« à la dissolution du mariage, les

b) Si un époux, agissant en dehors de ses pouvoirs de gérance, aliène ou hypothèque un bien social, l'opération est entièrement nulle comme portant sur la chose d'autrui. Sous le régime de communauté, la prohibition ne concerne que la femme, à raison des larges pouvoirs du mari. Sous le régime dotal et l'exclusion de communauté, elle affecte les deux conjoints : la femme doit respecter la jouissance qu'elle a apportée à la société conjugale, et le mari lui-même n'a pas pouvoir pour en disposer. Sous le régime de séparation de biens, l'inconsistance du fonds social ôte à la question sa portée pratique; toutefois, on peut remarquer que des règles de droit comme l'incessibilité des salaires ⁽¹⁶³⁾ ont pour effet indirect d'empêcher les actes de disposition des conjoints-associés sur les sommes destinées à alimenter les dépenses du ménage.

c) Les créances ou les dettes propres à l'un des époux ne peuvent être compensées avec les dettes ou les créances de la société conjugale : il n'y a pas réciprocité d'obligations. On voit ce principe jouer à cru en plus d'une hypothèse : ainsi, une femme commune en biens ne saurait opposer en compensation à l'un de ses créanciers personnels la créance dont la communauté est titulaire à son encontre ⁽¹⁶⁴⁾. Cependant, dans la plupart des cas, le principe est neutralisé par des circonstances externes, à savoir : 1° que l'obligation de la communauté n'est souvent que le cautionnement d'une obligation principale de l'un ou de l'autre conjoint; 2° que les époux sont personnellement responsables du passif social, le mari sous tous les

fruits des immeubles dotaux se partagent entre le mari et la femme ou leurs héritiers, à proportion du temps qu'il a duré, pendant la dernière année »; ce que nous interprétons ainsi : les fruits de la dernière année ressortissent tous à l'actif social, et, du jour de la dissolution, ils tombent à l'état de masse indivise et partageable entre les associés.

(163) Comp. loi du 4 août 1930, spécialement article 62, al. 3.

(164) Et à l'inverse, un débiteur personnel de la femme ne saurait opposer en compensation, même pour partie, la créance qu'il a contre la communauté (Req., 7 févr. 1897, D., 98. 1. 121, note Capitant).

régimes, la femme, à titre subsidiaire, sous tous les régimes autres que la communauté. Ce n'est pas là une négation de la personnalité morale de la société conjugale; c'est simplement, comme par exemple en matière de société en nom collectif, la combinaison de cette personnalité morale avec le mécanisme particulier du passif social.

d) Les créanciers de la société conjugale priment sur les biens sociaux les créanciers personnels des époux. Une personnalité morale pleinement épanouie impliquerait que les créanciers sociaux eussent le patrimoine de la personne morale pour gage exclusif. Mais c'est justement à l'occasion de cette conséquence très importante que la personnalité de la société conjugale mérite le nom de personnalité atténuée. Aucun type de société conjugale ne parvient à établir entre l'actif social et le passif social un contrat hermétiquement parfait. Si, grâce à l'existence d'un fonds nettement autonome, le régime de communauté, tel que nous l'avons décrit, atteint un résultat maximum, et d'une manière délibérée, les autres régimes doivent se contenter de procédés empiriques, détournés, donc théoriquement lacuneux, quoique pratiquement efficaces : jeu des privilèges généraux, jurisprudence sur la condition juridique des revenus dotaux et, faut-il ajouter, système de la saisie-arrêt de la loi du 13 juillet 1907, système qui tend à réaliser, par le canal du conjoint saisissant, l'affectation des sommes saisies aux besoins du ménage (163).

(163) Nous n'hésitons pas à adopter, à ce sujet, l'opinion de M. Martin, fondée sur la lettre et le but social de l'article 9 de la loi du 13 juillet 1907, opinion suivant laquelle l'époux saisissant n'a pas à redouter le concours des créanciers de son conjoint, même des créanciers privilégiés, voire privilégiés à raison du caractère ménager de leurs créances (Bartin sur Aubry et Rau, VII, § 470 bis, note 13). — Comp. dans le même sens : Sourdois, *Les droits de la femme mariée sur les produits de son travail* (Rev. trimestr., 1907, p. 385); P. Morin, même titre, thèse Caen 1908, p. 343. — Contra : P. Guyot, *L'activité économique de la femme mariée*, thèse Dijon, 1910; Lalou, *Droits de la femme mariée sur les produits de son travail*, nos 93 et 94; Planiol, Ripert et Rouast, (*La famille*), n° 358.

C. — LES RAPPORTS DES EPOUX-ASSOCIES
AVEC LA SOCIETE CONJUGALE-PERSONNE MORALE

Le droit de chaque époux dans la société conjugale est une part d'intérêt, qui consiste dans un double droit éventuel aux bénéfices et, après liquidation, au partage du fonds social. *Un tel droit est essentiellement mobilier*, alors même que la société conjugale aurait uniquement des immeubles dans son patrimoine. De ce caractère mobilier dérivent maintes conséquences secondaires touchant la capacité d'aliéner, les formes de la cession, la composition d'un legs ou d'une communauté postérieure, la possibilité de constituer une hypothèque, etc. Lesdites conséquences ne sont guère étudiées, d'ordinaire, qu'en fonction de la nature juridique de la part de communauté (166), car, sous les autres types de régimes, où le fonds social ne contient normalement en propriété aucun immeuble, le caractère mobilier des droits des époux pourrait, à la rigueur, s'expliquer sans l'intervention de la notion d'être moral. Néanmoins, même sous ces régimes, il n'est pas indifférent de faire apparaître la personnalité morale de la société conjugale pour qualifier l'essence des parts d'intérêt des conjoints (167).

(166) Rappelons que l'arrêt Pradel (précité, p. 238) semble avoir admis, quoique d'une manière très enveloppée, le caractère mobilier de la part d'intérêt de la femme dans la communauté.

(167) Nous songeons à l'hypothèse de l'article 1571. La personnalité morale subsistant, malgré la dissolution, jusqu'au partage pour les besoins de la liquidation, la part d'intérêt de chaque époux conserve un caractère mobilier, encore que le fonds social renferme des fruits pendants par branches et par racines, lesquels (en dehors du cercle limité de la théorie des meubles par anticipation) doivent être considérés comme immeubles.

II. — La personnalité morale de la société conjugale dans ses rapports avec la théorie jurisprudentielle touchant l'action paulienne en matière de constitution de dot.

Il convient de rappeler brièvement la position du problème. Un insolvable, parent ou étranger, constitue une dot, par contrat de mariage, au futur ou à la future. Les créanciers du constituant, pour obtenir l'annulation de la constitution dotale, peuvent-ils intenter l'action paulienne, et sous quelles conditions? Suffit-il qu'ils prouvent la fraude de leur débiteur, ou est-il nécessaire qu'ils établissent, en outre, la complicité de l'époux doté? La réponse dépend du caractère gratuit ou onéreux que l'on attribuera à la constitution de dot. Parallèlement, en Droit commercial, au cas de faillite du constituant, selon que la constitution dotale, réalisée durant la période suspecte, sera traitée en libéralité ou en opération onéreuse, on fera jouer la nullité de droit de l'article 446 du Code de commerce ou la nullité facultative de l'article 447. Jusque-là, tout semble se ramener à une appréciation de l'essence, gratuite ou onéreuse, de la constitution de dot : dans une division consacrée à la personnalité morale de la société conjugale, le problème paraît complètement dépaysé, et l'on trouverait plus logique de le situer, en quelque sorte, dans la banlieue de cette question générale que nous avons réservée pour notre chapitre III : la nature juridique du régime matrimonial sous l'angle des notions de titre gratuit et de titre onéreux. Pure illusion. L'action paulienne ne saisit pas seulement les relations du débiteur avec son contractant; elle s'attaque aux relations de ce contractant avec ses sous-acquéreurs. Ainsi, à côté du constituant et de l'époux doté, s'introduit, sur la scène juridique, une tierce personne. Est-ce l'autre conjoint? N'est-ce pas plutôt la société conjugale? La présence d'un sous-acquéreur inconnu se trahit en arrêtant le mécanisme de l'action

paulienne et postule une personnification. Telle est la portée synthétique de la jurisprudence.

Avec M. Grouber, auteur d'une importante thèse sur la matière ⁽¹⁶⁸⁾, on peut distinguer quatre phases dans l'évolution jurisprudentielle. La première phase s'étend de 1804 à 1843 : les Cours d'appel admettent que la constitution de dot tombe intégralement et constamment sous le coup de l'article 1167, pour ce motif exégétique que la loi n'a pas prévu de dérogation en sa faveur ⁽¹⁶⁹⁾. Une seconde phase est inaugurée en 1845 par un arrêt de la Cour de Paris dans une affaire Brune de Mons-Langlois : la constitution de dot faite à la future y est traitée, au point de vue des conditions d'exercice de l'action paulienne, en acte à titre onéreux, parce qu'elle a « pour condition de soutenir les charges du mariage... et impose notamment l'obligation de pourvoir aux besoins et à l'éducation des enfants » ⁽¹⁷⁰⁾. En 1847, deux arrêts de la Chambre civile de la Cour suprême, rendus dans l'affaire Langlois ⁽¹⁷¹⁾ et dans une affaire Comitis ⁽¹⁷²⁾, apportent une confirmation éclatante à ce système, qui ne s'est pas démenti depuis. Les créanciers ne peuvent, aujourd'hui, atteindre la dot constituée à la femme qu'après avoir démontré que l'un et l'autre conjoint ont participé à la fraude ⁽¹⁷³⁾. Mais la Cour de cassation ne devait pas s'en tenir là. En 1848, dans l'arrêt Sam-bucy, elle franchit une nouvelle étape. Elle transporte à la

(168) Grouber, *De l'action paulienne en droit civil français contemporain*, thèse Paris, 1913, n° 163.

(169) Bordeaux, 2 mai 1826 (*Rép. Dalloz*, v° *Dispositions entre vifs*, n° 2246); Grenoble, 3 févr. 1842 (D., 42. 2. 142); Rennes, 10 juill. 1843 (sous Cass., S., 43. 1. 152; D., 44. 1. 110).

(170) Paris, 31 janv. 1845 (S., 45. 2. 129).

(171) Cass. civ., 23 juin 1847 (S., 47. 1. 817; D., 47. 1. 241).

(172) Cass. civ., 2 mars 1847 (S., 47. 1. 185); sur renvoi Bourges, 9 août 1847 (S., 47. 2. 485), et sur nouveau pourvoi, Req., 24 mai 1848 (D., 48. 1. 172). Comp déjà Req., 23 févr. 1845 (S., 45. 1. 417).

(173) V. par ex. : Riom, 27 mars 1849 (D., 50. 2. 194); Req., 11 nov. 1878 (D., 79. 1. 416).

dot du mari la solution admise, en 1847, pour la dot de la femme, en ce sens qu'elle soustrait à l'action révocatoire la donation à cause de noces reçue de bonne foi par le futur ⁽¹⁷⁴⁾. Un dernier pas restait à accomplir : décider que la bonne foi de l'épousée pourrait couvrir, éventuellement, la mauvaise foi du mari doté. En 1871, la Chambre des requêtes se refuse à entrer dans cette voie ⁽¹⁷⁵⁾. Mais, le 18 janvier 1887, par le fameux arrêt Jau, la Chambre civile de la Cour suprême n'hésite plus à s'y engager : la constitution dotale faite au mari ne pourra être annulée que si les créanciers prouvent cumulativement, outre la fraude du donateur, la complicité de fraude du mari et de la femme ⁽¹⁷⁶⁾. L'arrêt Jau provoqua quelque étonnement, et Labbé y vit une simple décision d'espèce. Mais la Chambre civile allait bientôt affirmer la continuité de ses vues : le 18 décembre 1893, un arrêt Jeanson, statuant en matière de faillite et non moins célèbre que l'arrêt Jau, vient déclarer que la dot constituée au futur est, en réalité, acquise à titre onéreux par les deux époux, et qu'elle ne peut donc être révoquée qu'autant qu'il a existé un concert frauduleux entre toutes les parties ⁽¹⁷⁷⁾. Avec cette quatrième phase, la théorie jurisprudentielle est parvenue à son point culminant. Sans doute a-t-elle rencontré, quand elle a étendu sa protection à la dot du mari, une résistance de plusieurs cours d'appel ⁽¹⁷⁸⁾. Mais, bien qu'aucun arrêt solennel ne soit intervenu sur la question, on peut penser que la Cour suprême a son siège fait et qu'elle

(174) Cass. civ., 14 mars 1848 (S., 48. 1. 376; D., 48. 1. 66).

(175) Req., 28 août 1871 (S., 78. 1. 316), confirmant Bordeaux, 30 nov. 1869 (S., 70. 2. 283).

(176) Cass. civ., 18 janv. 1887 (S., 87. 1. 97, note critique Labbé, D., 87. 1. 287).

(177) Cass. civ., 18 déc. 1893 (S., 96. 1. 72; D., 98. 1. 193, note critique Sarrut).

(178) Caen, 7 mars 1870 (S., 70. 2. 281, note Labbé); Paris, 27 juill. 1894 (S., 93. 2. 188; D., 93. 2. 32); Orléans, 8 juin 1898 (D., 98. 2. 294).

n'accepterait pas facilement de laisser écrouler le plan le plus caractéristique de son système.

La doctrine, dans sa majorité, est délibérément hostile à la théorie jurisprudentielle (179). Elle reproche à la Cour de cassation de s'être laissé aveugler par de simples considérations d'utilité sociale et d'avoir négligé l'analyse juridique, qui pourrait seule élucider la nature de la constitution de dot. Il faut, disent la plupart des auteurs, décomposer l'opération. Soit une dot constituée à la femme: il y a une première transmission du constituant à l'épousée, puis une seconde transmission, en pleine propriété ou, plus ordinairement, en jouissance de l'épousée au mari. La première transmission est et ne peut être qu'une donation, la future ne contractant aucune obligation à l'égard du constituant, qui s'appauvrit gratuitement. La seconde, au contraire, a lieu à titre onéreux, car le mari s'engage envers la femme à appliquer la dot reçue aux charges du mariage. Soit, maintenant, une dot constituée au futur : dans les rapports du constituant avec le mari, il y a indiscutablement donation; et dans les relations du mari avec la femme, il n'y a ni donation ni transfert à titre onéreux, puisque, sous réserve de quelques exceptions, la femme n'acquiert aucun droit sur la dot de son conjoint, bien qu'elle puisse en profiter indirectement. Un tel dépeçage de la constitution de dot conduit la doctrine à formuler les propositions que voici, touchant les conditions d'exercice de l'action paulienne. Les créanciers du constituant peuvent toujours faire révoquer la constitution dotale, même recueillie de bonne foi par l'époux doté, sauf à respecter les droits que l'autre époux

(179) Aubry et Rau, IV, § 313, texte et note 27; Demolombe, XXV, nos 212-216; Laurent, XVI, nos 452 et suiv.; Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, I, n° 242; Planiol, *Traité élémentaire*, III, n° 885; Colin et Capitant, *Cours élémentaire*, III, p. 48-49; Planiol, Ripert et Nast, I, nos 113 et suiv.

a pu y acquérir, de bonne foi, à titre onéreux. Pratiquement, ils auront action sur la nue propriété de la dot constituée à l'époux ⁽¹⁸⁰⁾ et sur la pleine propriété de la dot constituée au mari, sans pouvoir cependant, dans ce dernier cas, compromettre l'hypothèque légale de la femme ni, lorsque la dot est tombée en communauté, son droit de copropriété ⁽¹⁸¹⁾.

A l'encontre de ces tendances analytiques, qui s'harmonisent avec l'esprit de l'Ecole de l'Exégèse, quelques auteurs n'hésitent pas à suivre la théorie jurisprudentielle ⁽¹⁸²⁾; mais il n'est pas sûr qu'ils en embrassent toute la portée. Ils essaient, en effet, d'en rejoindre la hardiesse par une restriction de la notion de titre gratuit : il n'y aurait, à leur sens, acquisition à titre gratuit qu'autant que le gratifié réaliserait un pur bénéfice sans contrepartie d'aucune sorte. Les époux dotés ne sauraient, évidemment, se voir appliquer pareille définition, puisque, mari ou femme, ils n'acquièrent la dot qu'à la condition de se marier et d'assumer les charges du mariage. Seulement la question est-elle ainsi bien posée ? Il n'est pas, sans doute, indifférent de définir le titre gratuit et le titre onéreux, mais cette méthode est insuffisante pour rendre compte de ce qu'il y a de plus remarquable dans la théorie jurisprudentielle : à savoir la solution des arrêts Jau et Jeanson, l'échec de l'action paulienne malgré la mauvaise

(180) Une opinion singulière soutient que, même dans les relations de la femme avec le mari, il y a transfert à titre gratuit, de sorte que, malgré sa bonne foi, le mari pourrait se voir enlever sa jouissance (Comp. Laurent, XVI, n° 443; Huc, IX, n° 10).

(181) Il est admis que, lorsque la dot est tombée dans le fonds commun, la bonne foi de la femme est inefficace tant que dure la communauté (arg. art. 1424). Mais, si la communauté se dissout avant que l'action paulienne ait été exercée, l'épouse peut reprendre sa part dans les biens donnés.

(182) Duranton, X, n° 479; Duvergier sur Toullier, III, n° 334; Larombière, *Obligations*, article 1467, n° 54; Vernède, *De la constitution de dot faite en fraude des créanciers du constituant*, thèse Montpellier, 1912.

foi du mari, à cause de la bonne foi de la femme. Il y a là un résultat qui n'est en rien influencé par la nature onéreuse ou gratuite de la constitution de dot et qui n'en a déconcerté les auteurs que davantage.

M. Grouber a eu le grand mérite de chercher la légitimation de la jurisprudence dans une direction nouvelle, du côté de l'intérêt familial, plus précisément de l'intérêt du ménage ⁽¹⁸³⁾. Les arrêts, d'ailleurs, n'avaient jamais manqué d'invoquer l'intérêt du ménage au premier plan de leurs motifs — ce qui avait arraché à Labbé cette protestation: « L'action révocatoire pour cause de fraude ne s'arrêtait jusqu'ici que devant les droits acquis à des tiers à titre onéreux et de bonne foi. Elle change de nature et s'arrêtera désormais devant des intérêts, même des éventualités. » ⁽¹⁸⁴⁾. Une telle protestation aurait été fondée s'il s'était agi d'un intérêt pur et simple. Mais l'intérêt du ménage, devant lequel l'action paulienne tourne court, se présente comme un intérêt juridiquement protégé, c'est-à-dire comme un droit, et ce droit suppose chez le ménage la qualité de sujet de droit, donc de personne morale. L'affirmation de la personnalité morale du ménage se trouve ainsi incluse dans le système des arrêts Jau et Jeanson. C'est ce que constate M. Grouber : « (L'action paulienne), dit-il, devient une action passivement collective, dirigée contre la nouvelle famille que les deux conjoints forment et représentent » ⁽¹⁸⁵⁾. Du reste, dans l'affaire Jau, la Cour d'appel de Toulouse, dont l'arrêt fut confirmé par la Cour de cassation, avait résolument mis en vedette la notion de société conjugale, ce qui était d'autant plus méritoire que les époux, en l'espèce, étaient mariés sous le régime dotal : « Attendu, déclare la Cour, que la femme est partie contractante dans la donation faite

(183) Grouber, *op. cit.*, nos 159-187.

(184) Labbé, note S., 1887. 4. 97.

(185) Grouber, *op. cit.*, n° 175.

à son mari; que cette donation, en effet, est un des éléments essentiels du bien-être et de la prospérité du ménage, qu'ont pour but d'assurer toutes les clauses et conventions matrimoniales; qui sont pour ainsi dire solidaires les unes des autres, et auxquelles aucun des conjoints ne saurait être étranger; qu'une libéralité consentie au mari est de la plus grande importance pour la future épouse, puisque la libéralité a pour effet de partager entre les deux conjoints le poids des charges du mariage: que sans elle la femme serait seule à supporter; — Attendu, d'ailleurs, qu'un contrat de mariage crée entre les époux une sorte de société, qui a reçu à juste titre le nom d'association conjugale; que, dans cette société, les donations consenties aux futurs conjoints constituent leurs apports réciproques; que ces apports sont faits en vue l'un de l'autre et ont évidemment un caractère commutatif; qu'on ne saurait nier, par conséquent, l'intérêt qu'a la femme à une donation qui est consentie en réalité moins en faveur de son mari qu'en faveur de l'association dont elle fait partie » (186). On entrevoit maintenant la véritable signification de la théorie jurisprudentielle : la jurisprudence a fait ici, comme en beaucoup d'autres hypothèses, une application particulière des solutions générales qui ont été, parallèlement, dégagées en matière de sociétés ordinaires. Il est admis, en effet, que les créanciers d'un associé peuvent obtenir la révocation de son apport et même du contrat de société tout entier, en démontrant que leur débiteur a agi en vue de les frustrer frauduleusement de leur gage. Seulement, l'apport en société ayant un caractère essentiellement onéreux, le succès de l'action paulienne est subordonné à la mauvaise foi du tiers acquéreur, c'est-à-dire de la société personnifiée; et, l'état psychologique de la personne morale ne pouvant se concrétiser

(186) Toulouse, 24 janv. 1884, rapporté au S., 87. 1. 97.

tiser autrement que dans celui de chacun de ses membres, c'est la complicité de fraude de *tous* les associés qui est exigée dans les sociétés de personnes (187). La jurisprudence considère de même tout naturellement que, chacun des époux faisant apport de l'intégralité de sa dot non pas à son conjoint directement, mais à la société conjugale personnifiée, les créanciers du constituant ne peuvent prétendre arracher cet apport au patrimoine social qu'après avoir établi la complicité du sous-acquéreur, le ménage, c'est-à-dire le concert frauduleux des deux époux associés. La théorie jurisprudentielle traduit ainsi l'emprise par laquelle la société conjugale, personne morale qui s'interpose entre les personnes physiques des conjoints, se saisit immédiatement de la dot constituée au mari ou à la femme. Bien plus que comme une contribution équivoque à la définition du titre gratuit et du titre onéreux, cette théorie apparaît comme une confirmation évidente de la notion de ménage.

Mais est-ce à dire que toutes les solutions positives sanctionnées, sur ce point, par la Cour de cassation soient à approuver telles quelles? Non pas. Ainsi que nous en avons déjà relevé un exemple à propos des sociétés entre époux, la jurisprudence a sans doute perçu clairement que le problème était dominé par les notions de société conjugale et de ménage, mais, faute d'avoir approfondi et précisé ces notions, elle s'est laissé entraîner beaucoup trop loin sur le terrain des conséquences pratiques. Elle agit comme si, quel que fût le régime matrimonial adopté, la dot du futur ou de la future était apportée tout entière,

(187) Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Sociétés*, n° 64; Thaller, *Manuel*, n° 300 (et les références); Thaller et Pic, I, n° 218; Hémard, *Nullités de sociétés et sociétés de fait*, n° 35. — Comp. Trib. com. Seine, 5 janv. 1897 et 7 juill. 1897 (*Journal des sociétés*, 1897, 376, et 1898, 76); Req., 13 mai 1929 (S., 29, 1, 289, note de M. H. Rousseau); Req., 14 avril 1930 (*Journ. soc.*, 1931, 408); Trib. com. Seine, 6 janv. 1931 (*Journ. soc.*, 1931, 482).

en pleine propriété, à la société conjugale. Or, cela est excessif. Il est bien exact qu'il y a une affectation virtuelle de la totalité de la dot à l'objet social de la société conjugale, en ce sens que, si la nécessité l'exige, le capital pourra et devra être entamé pour satisfaire aux besoins du ménage. Mais il n'en est pas différemment des autres biens quelconques, que l'un des conjoints aurait pu acquérir avant son mariage. On répondra peut-être que, pour la constitution de dot, l'affectation ménagère se détache tangiblement dans le contrat de mariage. Peu importe. En face du droit virtuel et hypothétique que l'on reconnaît au ménage sur l'intégralité de la dot, il faut mettre en balance le droit actuel qui appartient aux créanciers du constituant sur les biens de leur débiteur. Les créanciers, même chirographaires, ont la qualité d'ayants cause à titre particulier, et cette qualité se traduit notamment dans l'exercice de l'action paulienne. Le contact *actuel* qui s'établit, de ce fait, entre les créanciers et les éléments concrets sortis frauduleusement, à titre gratuit, du patrimoine de leur débiteur ne peut être coupé que dans la mesure où un autre contact *actuel* est établi entre ces éléments patrimoniaux et un sous-acquéreur de bonne foi à titre onéreux, en l'espèce la société conjugale personnifiée. C'est donc aux apports effectivement réalisés qu'il convient de restreindre la possibilité de tenir en respect l'action paulienne. Les conséquences de ce système diffèrent sensiblement de celles que consacre la théorie jurisprudentielle (188). Certes, une dot mobilière sous le régime de

(188) C'est ici le lieu de faire une remarque : lorsque l'action paulienne est admise sur les apports qui sont entrés dans la société conjugale par suite d'un concert frauduleux des époux associés, elle ne peut aboutir qu'à l'annulation de ces apports, non à la nullité de la société tout entière. Et la société conjugale, malgré l'éviction partielle qu'elle subit, peut continuer à fonctionner, car l'existence d'apports en propriété ou en jouissance n'est jamais essentielle à la réalisation de son objet social. Comp. plus haut, p. 333, note 331.

communauté légale, une dot immobilière au cas de communauté universelle, ne pourront pas être enlevées au ménage de bonne foi. Mais, sous le régime de communauté réduite aux acquêts, seule la jouissance de la dot est apportée à la société conjugale : pratiquement, les créanciers du constituant pourront toujours atteindre la nue propriété. Sous l'exclusion de communauté et le régime dotal, il y a lieu à une analyse encore plus complexe. Du chef de la femme, il n'est d'apport qu'en jouissance; seule cette jouissance sera respectée par l'action paulienne. Au cas de dotalité, on serait tenté de croire que la nue propriété, qui est passée à la fondation dotale, doit lui être irrévocablement acquise, du moment que le mari, administrateur de la fondation, a agi de bonne foi. Toutefois, il faut considérer qu'à la différence de l'apport en société, l'acte juridique qui est à la base de la fondation a un caractère de libéralité ⁽¹⁸⁹⁾ : c'est pourquoi nous estimons que la bonne foi des organes de la fondation dotale sera, en toute hypothèse, inefficace. Du côté du mari, sous ces deux régimes, il n'y a d'apport réalisé, en propriété ou en jouissance, qu'autant que l'apport de la femme est insuffisant pour couvrir les charges du mariage. Ce n'est donc que dans la proportion variable où la dot, constituée au mari, est indispensable aux besoins actuels du ménage que les créanciers du constituant sont tenus de s'arrêter devant la bonne foi de l'un quelconque des époux. Il y a là une question d'appréciation, qui n'excède point les pouvoirs du juge, témoin la jurisprudence touchant la condition juridique des revenus dotaux. Par là, nous heurtons l'arrêt Jau dans ce que sa thèse a d'outrancier. Sous le régime de séparation de biens, enfin, les apports pécuniaires consistent, de part et d'autre, dans des contributions périodiques aux charges du ménage. L'action révoca-

(189) Wahl, note au S., 1897, I. 289, sous Cass. civ., 28 oct. 1895.

toire ne saurait compromettre le service de ces contributions. Spécialement, au cas de séparation contractuelle, le ménage de bonne foi doit pouvoir conserver de la dot de la femme, en jouissance, une portion suffisante pour assurer la quantité de revenus sur laquelle il était en droit de compter, d'après les conventions matrimoniales ou d'après la loi (art. 1537).

En résumé, nous approuvons la jurisprudence lorsqu'elle voit, dans la notion fondamentale de ménage, la clef du problème de l'action paulienne en matière de dot. Mais nous empruntons à la doctrine son analyse détaillée du mécanisme de la constitution dotale en liaison avec la structure des divers types de régimes matrimoniaux, parce que nous pensons qu'il y a là un cadre technique, auquel le juriste ne peut impunément se soustraire. Si, par cette combinaison, notre système perd un peu en unité et en simplicité par rapport à la théorie jurisprudentielle, il gagne beaucoup en fermeté et en exactitude, car, là où les tribunaux se sont contentés jusqu'ici d'une intuition empirique, il pose une déduction rigoureusement scientifique de la nature juridique du régime matrimonial.

CHAPITRE II

TOUT REGIME MATRIMONIAL CONSTITUE UNE SOCIÉTÉ-ORGANISME ENGENDRÉE PAR UN EFFET DIRECT DE LA LOI

Dès les premières lignes de cet ouvrage, il a fallu signaler, comme une donnée essentielle de la conception classique touchant la nature juridique du régime matrimonial, l'adoption intégrale et absolue du point de vue contractuel. Pour la commodité des recherches, nous avons dû nous-même, jusqu'ici, nous plier à ce point de vue et en ajourner l'examen critique. Prenant pour hypothèse provisoire l'identité du régime matrimonial et du contrat de mariage, de la société et du contrat de société, nous avons laissé dans une obscurité volontaire tout ce qui a trait au mécanisme par lequel les divers régimes sont mis en mouvement. L'heure est enfin arrivée d'éclairer ce coin d'ombre dans la nature juridique du régime matrimonial, d'édifier un système synthétique résolvant la question et de le faire rayonner dans ses conséquences pratiques.

SECTION PREMIÈRE

LA THÉORIE DU CONTRAT TACITE AUX PRISES AVEC LA THÉORIE DE L'EFFET LÉGAL

Le problème de la mise en mouvement du régime matrimonial n'a jamais fait l'objet d'un examen d'ensemble chez les interprètes du Code civil. A vrai dire, pour la plupart des régimes, le problème n'a même pas été posé.

Pour tous les régimes choisis par la libre volonté des époux, telle qu'elle s'exprime dans le contrat de mariage, la notion de contrat ou, plus largement, de convention, a paru, et paraît encore, constituer une explication se suffisant à elle-même. Les conventions matrimoniales, comme n'importe quelles conventions légalement formées (art. 1134), ont le pouvoir d'engendrer des effets de droit, et cela suffit. Mais, si, par ce renvoi implicite à la théorie générale des conventions, les auteurs ont pu commodément se dispenser d'élucider le mécanisme générateur de tous les régimes matrimoniaux sauf *un*, il en est justement *un* qui les a arrêtés : c'est la communauté de meubles et d'acquêts, régie par les articles 1400 à 1496 du Code. Ce régime s'établit, de plein droit, entre les époux à défaut de contrat de mariage. Sa naissance ne saurait donc se présenter comme une application particulière du Droit commun des conventions. Pour rendre raison du phénomène, la doctrine a été forcée de sortir de sa réserve. Mais, tandis que la majorité, recrutée surtout chez les Exégètes, essaie de se raccrocher à la notion de contrat en supposant entre les conjoints un contrat tacite de mariage, une fraction, à laquelle les méthodes de l'Ecole scientifique semblent imprimer un nouvel élan, soutient que la communauté de meubles et d'acquêts est engendrée par un effet direct de la loi. En tout cas, on voit à quoi s'est réduit jusqu'ici le problème du mécanisme générateur des régimes matrimoniaux : à une querelle de la théorie du contrat tacite avec la théorie de l'effet légal, querelle dont le seul régime de communauté légale a été l'enjeu. Dans les deux camps, les auteurs ont borné leur horizon à un type concret de régime et se sont interdit toute vue panoramique sur la nature juridique du régime matrimonial abstrait. Aussi doit-on considérer, *a priori*, que les résultats auxquels ils ont pu parvenir revêtent une portée essentiellement fragmentaire. C'est en gardant cette considé-

ration présente à l'esprit que nous allons étudier la controverse non seulement dans sa portée actuelle, mais encore dans les antécédents historiques sans lesquels elle est incompréhensible, car il s'agit là d'une vieille querelle, enracinée dans la tradition.

§ 1. — *Développement historique de la controverse.*

La controverse, qui implique une opposition du régime coutumier ou légal et des régimes conventionnels, ne saurait guère remonter plus haut que le xvi^e siècle : avant cette époque, la faculté de déroger par convention aux coutumes matrimoniales n'était pas admise ⁽¹⁾. Pour nos vieux auteurs du moyen âge, la communauté ne pouvait pas être autre chose qu'un effet direct de la coutume ⁽²⁾.

C'est la matière des conflits de lois qui fit surgir, au xvi^e siècle, la notion de contrat tacite sous la plume de Dumoulin. Déjà, quelques bartolistes avaient émis l'idée que la succession *ab intestat* constitue le testament tacite du défunt ⁽³⁾. Il est possible que Dumoulin ait puisé là une inspiration. Mais, en réalité, sa théorie du contrat tacite, par l'ampleur avec laquelle elle dégage, à l'occasion du régime matrimonial, le principe de l'autonomie de la volonté, se

(1) Ce qui prouve bien que les conventions particulières n'avaient pas en elles-mêmes le pouvoir d'écarter la coutume matrimoniale normalement applicable, c'est que les futurs, lorsqu'ils voulaient — par exception — déroger à cette coutume, demandaient au roi de confirmer leurs conventions. V. le contrat de 1322 communiqué par M. Paul Fournier à la Société d'Histoire du Droit, séance du 8 janvier 1931 (*Nouvelle Revue historique*, 1931, p. 414).

(2) Comp. Ch. Lefebvre, *Le droit des gens mariés*, p. 225 et suiv., 407 et suiv. 430 et suiv.; P. Ollier, *De la liberté pour les futurs époux de fixer leur régime matrimonial dans l'ancien Droit coutumier*, thèse Paris, 1902; O. Martin, *Histoire de la Coutume de Paris*, t. II, fascicule 1, p. 178.

(3) Ainsi Albéric de Rosate (mort en 1354) et Salicet (1363-1412). Comp. Lainé, *Introduction au Droit international privé*, I, p. 181 et suiv.; et Lecouffe, *Le fondement juridique du régime matrimonial légal*, thèse Lille, 1923, p. 7 et suiv.

révèle comme une création originale, et si l'on voulait chercher les causes qui ont pu en favoriser l'éclosion, on les trouverait — beaucoup plus que dans des souvenirs romanistes — dans des influences philosophiques de l'époque. C'est à l'orée du xvi^e siècle que les Colet et les Erasme se mettent à exalter l'énergie de la volonté, qui produit les héros de vertu à la mode stoïcienne. Dumoulin semble avoir beaucoup pratiqué l'œuvre d'Erasme ⁽⁴⁾, et il devait aimer, en cet humaniste, l'honnête homme « moyen », qui, pris entre l'enclume réformée et le marteau orthodoxe, était voué à souffrir, comme lui-même ⁽⁵⁾, de l'intolérance de tous en désirant tout concilier. En 1524, Erasme lance sa diatribe contre Luther sur le libre arbitre, où il s'efforce de réhabiliter la *vis humanæ voluntatis* ⁽⁶⁾. Dès l'année suivante, Dumoulin rédige son illustre consultation dans l'affaire de Ganey et, afin de donner à la communauté coutumière des effets extraterritoriaux, il proclame que, même sous-jacente au régime légal, la volonté des parties conserve sa toute-puissance ⁽⁷⁾. « Pour aucun esprit sensé, il n'est douteux, écrit-il, qu'une société, une fois contractée, embrasse les biens en quelque lieu qu'ils

(4) Il déclare, incidemment, se rallier à son opinion sur le libre arbitre (Dumoulin, *Opera omnia*, éd., de 1681, I, p. 233).

(5) V. sur ce point, la Vie de Du Moulin par Brodeau (en tête de l'édition de 1681).

(6) Erasme, *Διατριβή seu Collatio de libero arbitrio* (Bâle, août-septembre 1524). V. dans l'édition Leclerc, 1703-1706, t. IX, col. 1220 F : *vim humanæ voluntatis*.

(7) *Consilium LIII* (t. II, p. 963). — Il est permis de conjecturer, sans invraisemblance, que Dumoulin a pu rédiger sa consultation sous l'impression d'une lecture récente d'Erasme. Par son langage (V. par ex. col. 1244, C), la Diatribe était de nature à provoquer, chez un juriste, de suggestives associations d'idées. Quant à la substance de l'ouvrage, Luther (*Opera latina*, t. VII, p. 210, 226) la résume, dans son *De servo arbitrio*, en disant qu'Erasme substitue l'indicatif à l'impératif des Ecritures. Transposée du plan théologique sur le plan juridique, cette substitution ne pouvait qu'aboutir à une consécration du principe de l'autonomie de la volonté, à une élimination des lois impératives, à un triomphe du déclaratif et du supplétif.

se trouvent, sans acception de territoire, de même qu'un contrat quelconque, tacite ou exprès, lie partout la personne et les biens du contractant. A tort on objecterait qu'une société comme celle dont il s'agit n'est pas expresse, mais tacite, qu'elle *ne naît pas d'un contrat exprès des parties, mais d'un contrat tacite ou présumé* introduit par la coutume locale, qu'elle ne doit donc pas dépasser les frontières de cette coutume, ni étendre ses effets au delà de son territoire... Il ne faut pas objecter davantage que, puisqu'il ne peut y avoir plus d'énergie dans l'effet que dans la cause, cette société ne peut agir sur des choses et dans des lieux où la coutume, dont elle est l'effet, est impuissante. Ces objections porteraient, si une telle société avait sa cause efficiente dans la coutume; or, il n'en est pas ainsi : *c'est le consentement réel des parties qui en est la cause efficiente*. Ceux qui contractent purement et simplement au lieu de leur domicile sont considérés, par cela même, faute d'en disposer autrement en termes exprès, comme contractant selon l'usage et la coutume de ce lieu... Et de même que la nature d'une chose donnée est inséparable de la chose, l'usage et la coutume sont inséparables du contrat, auquel ils sont naturellement attachés... Il faut remarquer que, lorsque la coutume s'attache ainsi au contrat, ce n'est pas en tant que loi publique, ou en tant que Droit coutumier, ni davantage à la manière d'une loi, d'une coutume ou d'un statut mettant en cause le Droit public, mais en tant que partie intégrante du contrat, en tant que loi privée et conventionnelle, que les contractants ont voulue, introduite et réglée. Cela est évident, car la coutume ne suivrait pas le contrat si elle n'agréait pas aux contractants, libres de faire d'autres stipulations; elle le suit parce que les contractants sont censés en avoir ainsi convenu par cela seul qu'ils n'en ont pas convenu autrement... On est donc obligé de reconnaître que *cette espèce de société, qui, en tant que coutumière, est inhérente au*

mariage contracté entre Parisiens demeurant à Paris, trouve sa cause efficiente immédiate dans le consentement réel et libre, dans le contrat des parties, et que, comme contrat, comme loi privée et conventionnelle, elle doit produire effet en tous lieux sur les personnes et les biens des contractants. » Ces dernières phrases révèlent, dans la pensée molinéenne, une nuance que l'on ne souligne peut-être pas assez. Dumoulin ne semble plus y considérer, comme il le faisait au début de son argumentation, que la communauté coutumière constitue en soi un contrat tacite doté d'une existence autonome, mais simplement une clause tacite dépendant d'un contrat principal, qui ne serait autre que le mariage lui-même. La communauté est une clause de style du « contrat de mariage », c'est-à-dire du mariage-contrat, un des éléments naturels (*naturalia*) que le juge doit y sous-entendre si les parties n'ont pas exprimé une volonté contraire ⁽⁸⁾. Dans la terminologie moderne, cela signifie qu'il n'y a pas contrat présumé de toutes pièces, fiction de contrat, mais seulement application du mécanisme ordinaire des règles de droit supplétives en matière contractuelle. C'est une conception beaucoup plus modérée, et qui, si inattendu qu'il paraisse, rejoint même, en un certain sens, les théories anticontractualistes : elle admet, comme ces théories, que le régime matrimonial de droit commun est une conséquence automatique, un effet du mariage, mais du mariage envisagé comme contrat et non comme institution organique. Ainsi, en nous plaçant à un point de vue purement technique, nous voyons coexister, au sein de la consultation de Dumoulin, deux explications différentes, l'une et l'autre fondées sur le principe de l'autonomie de la volonté : la notion de contrat tacite de société et la notion d'effet du mariage-contrat. Des deux

(8) Théorie romaniste bien connue, développée sur Ulpien, Dig. 19. 1. 11. 1.

notions, tandis que la première était appelée à faire fortune, la seconde devait tourner court ⁽⁹⁾, probablement par suite des transformations radicales que la notion même de mariage-contrat allait subir à partir du xvi^e siècle ⁽¹⁰⁾. Avant le concile de Trente, à l'époque où Dumoulin écrivait, le mariage était regardé comme un pur contrat consensuel, susceptible, disaient les contemporains, de se conclure *facto* ou *silentio*. Dans un contrat où la manifestation des volontés pouvait être aussi atténuée quant aux effets principaux, il était compréhensible qu'il en fût de même quant aux effets accessoires. Mais quand le concile et, plus encore, la législation et la jurisprudence laïques, qui se déchainèrent en France par contre-coup, eurent fait du mariage un véritable contrat solennel, la question dut fatalement soulever des difficultés. Dans un contrat formaliste, aux contours parfaitement définis, il n'y avait plus place pour des volontés lointaines et à demi exprimées. La volonté tacite, chassée du mariage, se réfugia tout entière dans le contrat tacite de société. Dumoulin, lui, préoccupé avant tout d'obtenir l'extraterritorialité de la communauté de Ganey, avait accumulé les arguments sans songer à les discriminer ou à les concilier. Après l'idée de contrat tacite, après l'idée de clause de style sous-enten-

(9) Cependant, on en relève peut-être une trace, à la fin du xvi^e siècle, sur un point très spécial. Ainsi que le relate Fevret (*Traité de l'Abus*, liv. 5, chap. 1, n° 19), on s'était demandé si l'article 54 de l'Ordonnance de Moulins, exigeant une preuve écrite pour « toutes choses excédant la somme ou valeur de cent livres », n'avait pas eu pour résultat de prohiber la preuve testimoniale en matière de mariage, puisque le mariage contracté en pays de coutumes établissait, de plein droit, entre les époux, une communauté de biens, susceptible d'excéder en valeur la limite de l'Ordonnance. Si l'on avait fait de la communauté coutumière un contrat tacite distinct du mariage-contrat, la question ne se serait pas posée. Elle ne pouvait se poser que dans la mesure où l'on considérerait cette communauté comme un effet du mariage, comme une clause de style sous-entendue dans le mariage-contrat.

(10) Comp. sur ces transformations, Esmein, *Le mariage en droit canonique*, I, p. 166 et suiv., p. 209 et suiv.

due, ne le voit-on pas émettre encore une idée différente, qui constitue, au fond, une troisième explication possible du mécanisme générateur de la communauté coutumière. lorsque, insistant sur les particularités de l'espèce, il en vient à dire que la communauté, comme toute société, peut résulter, sans accord écrit ni même verbal, d'une collaboration effective des deux conjoints et à évoquer, à cette occasion, avant la lettre, la notion moderne de société créée de fait ? « Il est constant et reconnu d'après les éléments du procès, déclare-t-il, que les époux dont il s'agit ont mis réciproquement en commun leurs meubles et leurs conquêts, qu'ils les ont possédés comme des biens communs et que, leur vie durant, ils se sont comportés, à cet égard, à la manière d'associés. Ce n'est donc pas seulement une société tacite et légale (ou coutumière) ⁽⁴¹⁾ qui a été contractée entre ces époux, mais aussi une société conventionnelle, exprimée par les faits eux-mêmes. La société se contracte par des faits, par des agissements réciproques tout autant, que dis-je ? bien plus que par de simples paroles... Lorsque le consentement des parties, agissant en dehors de la coutume, a mis en mouvement une société de ce genre, personne ne doute que cette société n'étende partout ses effets. Qu'il soit, d'ailleurs, possible aux conjoints de conclure durant le mariage, abstraction faite de toute communauté coutumière, une nouvelle société, cela ne fait pas question... »

La rude critique dont d'Argentré accabla la consultation de Dumoulin n'a pas peu contribué à cristalliser la controverse autour des deux idées antagonistes : contrat tacite, effet légal. Il est vrai que le but précis poursuivi par d'Argentré n'est pas d'expliquer le mécanisme générateur de la communauté coutumière, c'est de démontrer la toute-

(41) On notera l'équivalence inattendue que Dumoulin suppose entre les trois épithètes.

puissance du statut réel en la matière; mais, rencontrant sur son chemin la théorie de la convention tacite, le jurisconsulte breton est obligé d'abattre l'obstacle, et il s'y efforce impétueusement⁽¹²⁾. « Il n'y a pas de bon sens, s'écrie-t-il, à vouloir tirer, comme Dumoulin, d'une simple disposition de la coutume, à laquelle nulle convention ne s'ajoute, une convention et un pacte des parties. L'obligation qui résulte de la loi est différente dans sa force, dans sa nature, dans son principe et dans sa cause, de celle qui dérive du fait et de la convention des parties. Les obligations légales, loin de rien demander aux conventions particulières, viennent souvent s'imposer à l'homme sans son consentement. Or, les obligations de cette sorte n'ont pas d'autre puissance que celle qu'elles reçoivent de la loi; la loi n'en a pas plus que le législateur, et la puissance du législateur se limite à l'étendue du territoire... » D'Argentré établit ainsi qu'il n'y a, sous la communauté coutumière, aucune obligation conventionnelle, mais seulement une obligation légale, et il avance cet argument, souvent répété après lui, que le régime matrimonial de Droit commun s'impose même aux incapables, lesquels ne pourraient le consentir par convention. « Mirifique subtilité, continue-t-il, que celle de Dumoulin lorsqu'il déclare que la coutume s'attache au mariage-contrat, non comme loi publique ou comme Droit coutumier, mais comme loi privée et voulue par les contractants. Quoique Dumoulin fasse retentir ce morceau de grandiloquence, il est manifeste qu'il se trompe et que la force et la nature d'un statut ou d'une coutume ne changent pas par l'adjonction d'une convention privée même expresse, à plus forte raison, d'une convention non exprimée et sous-entendue : la loi ne passe pas dans le contrat; elle conserve son essence,

(12) B. d'Argentré, *Commentarii in patrias Britonum leges*, article 218, glose 6, nos 33 et suiv.

même si on lui ajoute un contrat. » En terminant, d'Argentré ruine ce dernier raisonnement de Dumoulin que la communauté peut découler non seulement d'une disposition de la coutume, mais encore, comme une société ordinaire, d'une mise en commun de fait. Afin de prouver l'inanité d'un tel rapprochement de la société et de la communauté sous l'angle du mécanisme générateur, il s'attaque à la nature juridique même du régime matrimonial. « C'est à tort, affirme-t-il, que la communauté conjugale est appelée société par les légistes. Notre communauté se réduit à un usage commun durant le mariage. Conçoit-on une société où l'un des associés, le mari, aurait seul la disposition de tout l'actif, pourrait le dissiper et le manger à sa guise, sans avoir de comptes à rendre à personne ? Ce n'est donc pas une société, et les légistes emploient le mot dans un sens abusif. »

Les deux systèmes dont Dumoulin et d'Argentré s'étaient faits les gonfaloniers respectifs se répandirent non seulement en France, mais à l'étranger, spécialement en Hollande, par où l'idée de convention tacite devait pénétrer en Allemagne ⁽¹³⁾. En 1693, une affaire Foppens permit au Conseil souverain de Brabant de se prononcer sur la *famosissima quæstio* en sanctionnant la thèse réaliste de B. d'Argentré. A cette occasion, le jurisconsulte flamand Van der Muelen se livra à une attaque en règle contre la notion de contrat tacite, avec une argumentation qui nous a été transmise par Boullenois ⁽¹⁴⁾, et qui dénote une vue des plus pénétrantes sur le mécanisme générateur de la communauté légale et sur la fonction de l'acte juridique par rapport à la loi. « Il est vrai, disait en substance Van

(13) V. sur ce dernier point, Caleb, *Essai sur le principe de l'autonomie de la volonté en Droit international privé*, thèse Strasbourg, 1927, p. 333-344.

(14) Boullenois, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, 1, p. 760 et suiv.

der Muelen, que dans les endroits où la communauté de tous biens aura lieu, les futurs conjoints, avant leur mariage, pourront l'exclure, et qu'au contraire ils pourront l'admettre pour les endroits où la loi ne l'admet pas; mais c'est toujours sous la dépendance de la Loi, qui ne défend pas de telles conventions, en sorte que *la communauté convenue entre conjoints vient moins de la convention que de la Loi qui l'autorise*; mais quand ils ne font pas de contrat, et que, par conséquent, il n'y a pas de volonté marquée, il n'y a d'autre acte que celui de la célébration du mariage, qui par lui-même n'opère pas la communauté de biens... (Dans le système de Dumoulin), on présuppose une convention tacite entre conjoints, et cependant il n'y en a point, mais bien une simple soumission, une simple déférence à la Loi, qui n'a de relation et d'application qu'aux biens situés sous la domination de cette Loi. — *Pour feindre une convention tacite, il faudrait que cette convention prît naissance de l'acte même de célébration du mariage, qu'elle y fût renfermée et qu'un pareil acte fût propre et disposé à la produire et à l'exprimer... C'est ce qui ne se rencontre pas dans l'acte de célébration du mariage* qui, de sa nature, n'est qu'une société de cœurs et de personnes et qui ne renferme pas en lui-même une convention tacite d'être en société de tous biens. — Par conséquent, la Loi qui prononce la communauté de biens n'est pas transformée en convention des Parties, puisqu'on n'en saurait présumer ni d'expresse, ni de tacite, et que l'acte de célébration de mariage n'en produit et n'en renferme aucune; avec d'autant plus de raison que ceux qui contractent mariage n'ont pas souvent droit de disposer de leurs biens, et, par conséquent, n'ont pour eux que la Loi qui décide de leur droit — *La loi est donc la cause efficiente, principale et immédiate d'où dérive la communauté de biens*. C'est elle qui, de son autorité et de sa propre force et vertu, rend les biens communs : elle n'a pas be-

soin d'une autre cause qui l'aide et augmente ses forces elle renferme en elle-même tout ce qu'il faut pour produire cette communauté. — *Il est vrai qu'il faut un mariage qui précède, sans quoi la Loi de la communauté reste sans action, ou plutôt sans sujets, puisqu'il n'y a pas de conjoints à qui elle puisse être appliquée; mais le mariage n'est qu'une cause seconde et instrumentale. Il pourrait y avoir mariage sans communauté, s'il n'y avait point de Loi; mais y ayant une Loi, il y a communauté dès qu'il y a un mariage.* Ainsi le mariage ne produit pas la communauté; c'est la Loi seule qui lui donne l'être et l'existence, comme cause prochaine et immédiate, et le mariage n'est qu'un médium, par la rencontre duquel la Loi agit et reçoit son application. — Que si l'on veut encore que le mariage soit la cause de la communauté, en ce que c'est cette société de cœurs et de personnes qui a déterminé le Législateur à prononcer la société de biens, en ce cas le mariage sera la cause occasionnelle et déterminante de la Loi, mais n'en sera pas la cause prochaine et immédiate; *le mariage ne produira pas la communauté de biens, mais la Loi seule, à l'occasion du mariage.* »

En France, dans le courant du ^{xvii}^e, et surtout du ^{xviii}^e siècle, ce fut le système molinéen qui prit incontestablement le dessus. La notion de contrat tacite déborda même de son cadre originel : le conflit des coutumes, et fit son apparition en Droit interne ⁽¹⁵⁾. On s'en servit pour soumettre les avantages résultant de la communauté coutumière à l'action en retranchement instaurée par l'Edit des secondes noces ⁽¹⁶⁾; pour justifier la jurisprudence des Parlements, selon laquelle le mineur et le prodigue étaient restituables contre une aliénation excessive de mobilier, produite par le jeu du régime légal ⁽¹⁷⁾. Au ^{xviii}^e siècle, non

(15) Comp. Lambert, note *Pandectes françaises*, 1897. 2. 33.

(16) Pothier, *Contrat de mariage*, n° 353.

(17) Pothier, *Communauté*, n° 103.

pas, à vrai dire, chez les statutaires, qui sont assez réticents (18), sauf Bouhier (19), mais chez les civilistes, c'est une doctrine généralement reçue que la communauté coutumière est mise en mouvement, à défaut de contrat exprès, par un contrat tacite des futurs époux (20). Les civilistes de l'époque sont, sans doute, des praticiens peu enclins à la philosophie et aux idées générales; ils ne sont pas, pourtant, imperméables à l'atmosphère philosophique qui les environne et qui est saturée d'individualisme. Le dernier état de l'ancien Droit, sur ce point, se reflète admirablement chez Pothier, dont l'exposé, dégagé des préoccupations de conflits interprovinciaux, revêt une portée abstraite (21). « Bien que cette communauté soit appelée légale, affirme-t-il, ce n'est pas néanmoins, comme l'observe Dumoulin, la loi qui en est la cause immédiate; elle n'est pas formée, dit cet auteur, *vi ipsius consuetudinis immediate et in se*. La cause immédiate qui produit

(18) Froland (*Mémoires concernant la nature et la qualité des statuts* p. 316) déclare, à propos de la théorie du contrat tacite, que « ce ne sont là que des paroles et rien au delà, des subtilités d'esprit, des idées, des chimères, enfin des moyens que la seule imagination échauffée produit ». Quant à Boullenois (*op. cit.*, I, p. 766), il prétend échapper au dilemme contrat tacite-effet légal, mais sa doctrine s'harmonise mieux avec le second terme du dilemme.

(19) Bouhier, *Observations sur la Coutume du Duché de Bourgogne*, chap. XXVI, § 70.

(20) Lebrun, *Communauté*, liv. I, chap. II, n° 36; *Nouveau Denisart*, v° *Communauté de biens*, § 1, n° 5.

M. Tison soutient, au contraire (*Le principe de l'autonomie de la volonté dans l'ancien droit français*, thèse Paris, 1934, p. 404), que, sauf sur la question du conflit des coutumes, la théorie de Dumoulin n'eut qu'un succès relatif. Mais les textes doctrinaux, d'ailleurs fragmentaires, qu'il invoque à l'appui de son assertion, ne sont pas des plus probants : ils nous paraissent simplement exprimer, pour la plupart, cette idée que la communauté entre époux existe de plein droit, à la suite de tout mariage, en l'absence de conventions matrimoniales expresses; ils ne nient nullement la possibilité d'une explication théorique de ce mécanisme par l'idée de contrat tacite.

(21) Pothier, *Communauté*, I, Art. préliminaire, n° 40.

et établit cette communauté est une convention qui n'est pas, à la vérité, expresse et formelle, mais qui est virtuelle et implicite, par laquelle les parties, en se mariant, quand elles ne se sont pas expliquées sur leurs conventions matrimoniales, sont censées être tacitement convenues d'une communauté de biens, telle qu'elle a lieu par la coutume du lieu de leur domicile, suivant ce principe du Droit : « *In contractibus tacite veniunt ea quæ sunt moris et consuetudinis* »; l. 31, § 20, ff. *de ædil. edicto*. — Cette communauté de biens n'est appelée légale que parce que c'est une communauté sur laquelle les parties, par cette convention tacite, s'en sont entièrement rapportées à la loi. — La loi même, lorsqu'elle dit : « Homme et femme sont uns et communs en tous biens meubles, etc. », ne renferme pas un précepte. Elle n'ordonne pas à l'homme et à la femme qui se marient d'être uns et communs, etc., puisqu'il leur est très permis de convenir du contraire; elle déclare seulement que l'usage est qu'ils sont censés être convenus d'être uns et communs en tous meubles, etc., lorsqu'ils ne se sont pas expliqués avant leur mariage. » Après l'œuvre de clarification de Pothier, la théorie de la convention tacite se trouvait prête à passer, sinon dans le Code Napoléon, du moins dans les commentaires de ce Code.

§ 2. — *La controverse sous l'empire du Code civil.*

Encore que l'on ait voulu voir, dans un texte comme l'article 1496, une confirmation fragmentaire des conceptions inaugurées par Dumoulin ⁽²²⁾, il est certain que le Code civil n'a pas tranché la controverse. Mais, par son plan éminemment contractualiste, reflet de sa doctrine individualiste et spiritualiste, il portait en lui une sorte

(22) V. par ex. Troplong, I, n° 27, et III, n° 2212.

de préjugé favorable à la théorie du contrat tacite. Rien d'étonnant, donc, si celle-ci a pris figure de théorie classique dans l'Ecole de l'Exégèse, à une époque où la philosophie officielle, de Victor Cousin à Fouillée, s'identifiait avec le spiritualisme, comme la science du Droit officielle s'identifiait avec les méthodes exégétiques.

Merlin joue ici son rôle habituel, à la lisière des deux siècles, et il transmet de l'ancien Droit au Droit nouveau le flambeau du contrat tacite ⁽²³⁾. Delvincourt ⁽²⁴⁾, et surtout Toullier, le recueillent. « La loi, déclare Toullier, ne donne que des conseils ⁽²⁵⁾. La cause immédiate (de la communauté légale) est une convention tacite ou présumée des parties, qui, à défaut de conventions écrites, sont censées avoir choisi pour leur contrat de mariage celui que leur offre la loi, dans les dispositions du Code, dont la sage prévoyance a réglé d'avance leurs droits respectifs d'une manière impartiale... *Velle videtur qui non impedit quod impedire potest*... Il est donc rigoureusement vrai, sous l'empire (du Code), que celui qui se tait consent; car il était obligé de s'expliquer... La communauté, quoique réellement fondée sur le consentement des parties, étant alors réglée par les seules dispositions de la loi, on l'appelle communauté légale, à la différence de la communauté conventionnelle, qui est régie par les conventions des parties. » ⁽²⁶⁾.

On ne compte pas les déclarations de principe par lesquelles les Exégètes, grands et petits, ont affirmé que la cause immédiate du régime légal réside dans la volonté des conjoints ⁽²⁷⁾. Demolombe résume fidèlement le dogme

(23) Merlin, *Répertoire*, v^o *Communauté de biens*, § 4, n^o 3, et v^o *Loi*, § 6, n^o 2.

(24) Delvincourt, III, p. 9 (note).

(25) Toullier, XII, n^{os} 40-44.

(26) *Ibid.*, n^o 87.

(27) Aubry et Rau, I, § 30, note 47 et VII, § 501; Demolombe, I, n^o 87; Bellot des Minières, *Contrat de mariage*, n^o 1; Carrier, *Traité sur les*

classique, quand il dit que « (la communauté légale) ne régit pas les biens des époux par l'effet nécessaire et immédiat de la loi elle-même, mais bien par l'effet de la convention tacite et volontaire des époux ». Colmet de Santerre propose d'appeler la communauté légale « le contrat de mariage tacite ». La communauté dite légale est en réalité une communauté conventionnelle; Laurent l'a écrit en propres termes. La pensée de Troplong, pour être, ainsi qu'à l'ordinaire, plus nuancée, n'en est pas moins acquise à l'idée de convention tacite. « La volonté non exprimée, dit-il, est présumée s'en être référée à la règle légale, et cette règle légale, c'est le régime de la communauté... Ne voit-on pas d'ailleurs que la volonté est inséparable de la communauté légale? Sur quelle base la loi s'est-elle fixée pour faire de la communauté le régime légal des parties mariées sans contrat? D'une part, sur l'usage le plus général; de l'autre, sur le sentiment présumé prédominant dans le cœur de ceux qui ont contracté une société de toute la vie. C'est donc la volonté qui explique et légitime la loi; c'est aussi la volonté qui autorise son exécution... (L'article 1400) ne signifie pas que la volonté n'est pas la base première du régime matrimonial... Le défaut de contrat n'empêche pas une volonté tacite. Mais comme cette volonté tacite se réunit à la volonté de la loi, on appelle le régime qui en est issu : communauté légale, et cela avec d'autant plus de raison qu'on donne le même nom au cas, bien autrement marqué au coin de la convention, où un pacte positif est venu déclarer que le régime légal sera celui des époux. »

engagements qui se forment sans convention et sur le contrat de mariage, n° 180; Rodière et Pont, I, n° 321; Troplong, I, nos 21 et suiv., 300 et suiv.; Colmet de Santerre sur Demante, VI, n° 4 bis; Guillouard, I, n° 344; Laurent, XXI, n° 2, et *Droit civil international*, V, n° 198; Huc, IX, n° 72; Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, I, n° 76; Bufnoir, note S., 1894. I, 449.

Ce n'est pas que, chez certains Exégètes, on ne relève l'idée d'une action directe de la loi en matière de communauté légale. Seulement cette idée est combinée bizarrement avec la notion de contrat. Duranton, par exemple, énonce que c'est « la loi qui fait, pour ainsi dire, le contrat de mariage des époux »⁽²⁸⁾. Même son de cloche chez Taulier : « La loi intervient directement et stipule que (les conjoints) sont mariés sous le régime de la communauté. »⁽²⁹⁾. Ainsi, par ce véritable tour de force (la loi faisant des stipulations pour autrui!), on en arrive à résoudre la nature juridique du régime de droit commun dans la notion éclectique de « contrat légal »! L'Ecole de l'Exégèse peut se féliciter d'avoir trouvé, en la personne d'Odier, un défenseur moins fantaisiste de la théorie de l'effet légal. Il faut même avouer que les développements d'Odier sont de ceux qu'on ne saurait se dispenser de reproduire, car ils opposent à la théorie du contrat tacite, sous l'empire de la codification, une critique vigoureusement synthétique qui n'a point vieilli⁽³⁰⁾ : « Les auteurs, y lit-on, sont partagés sur le principe même qui donne force au système de droit commun de communauté légale : les uns disent que c'est en vertu de la convention présumée des parties, les autres soutiennent que c'est par la seule force de la loi. — Nous sommes de cette dernière opinion : nous mettons la loi, expression de la volonté générale, fort au-dessus de l'expression présumée de la volonté des deux particuliers; nous ne voyons aucune nécessité de justifier la première par la seconde et de recourir à la fiction intermédiaire d'une convention, là où le législateur a prononcé directement. — C'est par délégation du législateur que les conventions régulièrement

(28) Duranton, XIV, n° 77.

(29) Taulier, V, p. 3. — Comp. les considérants de Caen, 20 mars 1878 (S., 78. 2. 108).

(30) Odier, I, n° 37.

formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites (art. 1134), mais c'est un étrange renversement des principes que de prétendre « qu'une série de dispositions légales, pour avoir la même force que les conventions, doivent être à leur tour réputées conventions » et qu'elles acquièrent par cette fiction quelque vertu coactive que le législateur n'eût pu leur donner sans cela. Fiction sur fiction ne vaut. — On peut même dire que les textes du Code civil sont en cette matière contraires au système de convention présumée. Qu'on lise les articles 1387, 1391, 1393, 1400, 1528, et l'on y verra que, tout en consacrant la plus grande liberté pour les conventions matrimoniales, tout en exprimant la volonté de donner force à toutes ces conventions, le législateur se réserve le droit de parler directement quand ces conventions se sont tues; et qu'il pose son système légal de droit commun comme régissant l'association conjugale à leur défaut, comme étant la loi suprême à laquelle la communauté reste soumise « pour tous les cas auxquels il n'y a pas été dérogé par le contrat ». — Dans l'esprit du législateur, le régime de droit commun est donc en dehors du système des conventions présumées et n'en recevrait aucun solide appui. »

L'Ecole scientifique moderne a pris, dans le débat, le contrepied de l'Ecole de l'Exégèse ⁽³¹⁾. Quelques-uns de ses membres, comme MM. Colin et Capitant, s'attardent encore autour de l'idée de contrat tacite ⁽³²⁾, mais un courant invincible entraîne le gros de la doctrine vers la théorie de l'effet légal ⁽³³⁾. Le *Traité pratique* de MM. Pla-

(31) La même remarque s'appliquerait, d'ailleurs, à ce que l'on peut appeler l'Ecole scientifique du début du XIX^e siècle. On trouve, en effet, dans la *Thémis* (t. VIII, 2^e partie, p. 105), sous la forme d'un compte rendu du *Traité* de Bellot des Minières par un certain M. A. Marchand, une défense très lucide de la théorie de l'effet légal. Quant à Félix (*Traité de Droit internat. privé*, I, n^o 90), le moins que l'on puisse dire est qu'il se montre d'une extrême tiédeur à l'égard de l'idée de contrat tacite.

(32) Colin et Capitant, *Cours élémentaire*, I, p. 52.

(33) Dereux, *Etude des diverses conceptions actuelles du contrat* (Rev.

niol, Ripert et Nast contresigne la nouvelle orientation : « Il est beaucoup plus exact et conforme à la réalité des choses, y est-il dit, de considérer le régime matrimonial légal non comme une convention tacite, mais comme un effet légal du mariage, au même titre que les rapports personnels entre époux. » (34). Seulement, ce qui est caractéristique de ce mouvement du Droit civil français contemporain, c'est qu'il a obéi à une impulsion venue du dehors. La notion de contrat tacite a succombé bien moins à une critique de Droit interne qu'à une attaque déclenchée, dès la fin du XIX^e siècle, par le Droit international privé sous l'influence des Ecoles italienne et allemande (35). Deux faits vinrent précipiter le succès de cette attaque : la Convention de La Haye de 1903 marqua une déroute du système français classique; et à la théorie de l'effet légal, retrempée dans les conceptions étrangères, Pillet conféra le prestige de son adhésion (36). Au sein du Droit international privé, l'idée de contrat tacite trouve encore des partisans (37), mais les auteurs les plus récents s'en éloignent (38), et les civilistes suivent le mouvement. La théorie de l'effet légal a notoirement la vogue.

critique, 1901, p. 513 et suiv.; 1902, p. 102 et suiv.; *De l'interprétation des actes juridiques privés*, thèse Paris, 1905, p. 136 et suiv.; Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en Droit privé*, thèse Paris, 1912, p. 107-110; Lecouffe, *op. cit.*, p. 137 et suiv.; Maynaud, *Les fictions de contrats dans le Code civil et depuis le Code civil*, thèse Montpellier, 1924, p. 242-247; Bonnacase, *Philosophie du Code Napoléon*, 2^e éd., n° 123; Coumaros, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique*, thèse Bordeaux, 1931, p. 196-197.

(34) Planiol, Ripert et Nast, I, n° 8.

(35) Renault, *Revue critique*, 1883, p. 729; de Vareilles-Sommières, *Synthèse du Droit internat. privé*, II, n° 1002; Brocher, *Nouveau traité de Droit internat. privé*, n° 74; G. Dreyfus, *L'acte juridique en Droit international*, thèse Paris, 1904, p. 388 et suiv., 403 et suiv.

(36) Pillet, *Rapport à la Société d'Etudes législatives* (Bulletin, 1909, p. 432 et suiv.) et *Principes*, II, n° 506.

(37) Despagne et de Boeck, *Précis de Droit internat. privé*, nos 324 et 326; Weiss, *Traité théorique et pratique de Droit internat. privé*, 2^e éd., III, p. 673 et s.; Valéry, *Manuel de Droit internat. privé*, p. 1127 et suiv.; Vacheron, *Le régime matrimonial des époux mariés sans contrat en Droit international privé*, thèse Paris, 1914.

(38) Niboyet, *Manuel de Droit internat. privé*, n° 716; Bartin, *Principes*

En face de cette évolution assez agitée de la doctrine, quelle a été l'attitude de la jurisprudence sous l'empire du Code civil? On la représente souvent comme inféodée, en dépit de quelques décisions dissidentes⁽³⁹⁾, à la théorie du contrat tacite; et effectivement, on lit, de temps en temps, dans les arrêts, que « le défaut de contrat n'est légalement autre chose qu'une convention tacite de communauté. »⁽⁴⁰⁾. Mais, en réalité, ici comme partout, la jurisprudence n'a pu prendre que des positions de détail. La principale de ces positions de détail est relative au régime matrimonial légal en droit international privé, et s'harmonise avec la thèse contractualiste. Cependant, une autre de ces positions concerne le régime légal des incapables, et elle ne se concilie qu'avec l'idée d'effet légal. Faut-il crier à la contradiction, comme s'est empressée de le faire la doctrine? Faut-il penser, au contraire, que la jurisprudence a vu plus haut et plus loin que la controverse bilatérale où s'enferment les auteurs? Nos développements ultérieurs vont répondre à cette question.

SECTION II

AFFIRMATION DE LA NATURE JURIDIQUE DU RÉGIME MATRIMONIAL EN TANT QUE SOCIÉTÉ-ORGANISME ENGENDRÉE PAR UN EFFET DIRECT DE LA LOI

Une précision liminaire est indispensable. Les divers auteurs qui ont porté leur attention sur le mécanisme générateur des régimes matrimoniaux ont été, trop souvent, influencés par des considérations étrangères au débat : chez Dumoulin, comme chez les jurisconsultes du

de Droit internat. privé, § 77; Caleb, *op. cit.*, p. 313-328; Kayser, *L'autonomie de la volonté en Droit internat. privé dans la jurisprudence française* (Clunet, 1930, p. 32 et suiv.), spécialement, p. 51.

(39) V. par ex. Trib. civ. Seine, 9 août 1894 (S., 99. 1. 433).

(40) Paris, 30 nov. 1910 (D., 15. 2. 9., note de M. de Loynes).

xviii^e siècle, comme chez les Exégètes du xix^e, nous avons relevé des traces d'influences philosophiques. C'est, encore aujourd'hui, un préjugé trop courant que le rôle attribué à la volonté, dans la génération d'un régime matrimonial, met en jeu la notion philosophique de volonté libre et, par contre-coup, la notion de liberté et la notion même de Droit. On érige ainsi en un problème scientifique ce qui devrait rester une question de pure technique juridique (41). Il existe, dans notre Droit positif, un processus, où la volonté et la loi sont susceptibles d'intervenir, par lequel les régimes matrimoniaux, passant de l'abstraction à la réalité, entrent en application effective. Ce processus ne peut s'expliquer que techniquement; et l'explication technique, une fois dégagée, s'impose à toutes les doctrines de philosophie juridique en se conciliant avec toutes. S'il est prouvé que la volonté des parties agit directement sur la mise en marche des régimes matrimoniaux, les doctrinaires du Droit social n'ont pas lieu de s'en alarmer, car cela n'implique point que, dans l'ordre scientifique, la volonté humaine ne soit pas subordonnée au bien commun : il suffit de dire que le Droit positif, en vue de l'utilité générale, confère une efficacité directe à des volontés particulières. Que si, au contraire, il est démontré que les régimes matrimoniaux dérivent d'un effet direct de la loi, il n'y a pas de quoi effrayer les individualistes (lesquels, d'ailleurs, ne s'identifient nullement avec les volontaristes); l'individu, dans l'ordre scientifique, n'est pas pour cela moins libre en face du législateur : il suffit de dire que, si la loi seule produit directement des effets juridiques, c'est parce que la volonté individuelle ne s'est pas réellement manifestée ou, en d'autres cas, parce qu'elle s'est manifestée pour donner le branle

(41) Comp. Bonnecase, *Supplément au Traité de Baudry-Lacantinerie*, II, n^o 436; et Caleb, *op. cit.*, p. 167 et suiv.

à la loi. C'est donc dans un esprit rigoureusement technique que nous allons développer notre solution propre touchant le mécanisme générateur des régimes matrimoniaux, non sans avoir, au préalable, tenté de débayer le terrain par une critique des conceptions dans lesquelles se perpétue la controverse traditionnelle.

§ 1. — *Critique des conceptions traditionnelles.*

I. — Critique de la notion de contrat tacite. *

La notion de contrat de mariage tacite est une de ces notions juridiques nyctalopes qui ne peuvent vivre que dans l'obscurité : en cherchant à l'éclairer, on la tue, et son succès séculaire tient à ce qu'elle n'a jamais été définie. Dès que l'on se met en devoir de la situer dans le système général du Droit positif français sur la formation des contrats, son inanité éclate.

Une première observation surgit, et l'Ecole scientifique ne manque pas de la soulever. Le contrat de mariage exprès est un contrat solennel (art. 1394), occupant le plus haut degré sur l'échelle du formalisme moderne ⁽⁴²⁾. Le contrat de mariage tacite, lui, nous transporte aux antipodes du formalisme même le plus atténué. Est-il concevable que la loi, qui exige la forme notariée pour que le consentement des parties puisse donner naissance à la plupart des régimes matrimoniaux, se contente, à l'égard du régime de Droit commun, d'un consentement dépouillé de formes, bien plus, dépouillé de toute expression? N'est-il pas contradictoire qu'une volonté tacite ait le pouvoir de faire ce qui serait interdit à une volonté expresse, quoique non solennisée? ⁽⁴³⁾. L'observation sem-

(42) Comp. Bonnecase, *Supplément au Traité de Baudry-Lacantinerie*, II, n° 380.

(43) Lecouffe, *op. cit.*, p. 97; Caleb, *op. cit.*, p. 136.

ble très forte. Toutefois — et les partisans de la doctrine contractualiste pourraient le rétorquer avec quelque raison — elle porterait davantage s'il s'agissait d'introduire un contrat de mariage tacite dans une législation qui ne connaîtrait d'autre source génératrice des régimes matrimoniaux que le contrat solennel. Or, ce n'est pas le cas : il est positif que, dans notre législation, un contrat solennel n'est pas nécessaire pour engendrer la communauté de meubles et d'acquêts. Il n'est donc pas insoutenable de prétendre que la loi a dérogé plus ou moins arbitrairement, en faveur de ce régime, à la règle de la solennité des conventions matrimoniales et a, par là même, ouvert la porte au contrat tacite. Pour établir la fausseté fondamentale de cette conception, c'est sur un autre terrain qu'il convient de se placer, et notre tâche va consister à démontrer qu'il ne peut pas plus y avoir de contrat de mariage tacite que de contrat tacite en général, parce que la notion de contrat tacite, entendue dans son sens propre, est en irréductible contradiction avec la technique de l'acte juridique.

L'épithète « tacite » ne doit pas faire illusion. On parle beaucoup de volonté tacite dans la formation des contrats, et il est admis sans conteste qu'une telle volonté est efficace. Mais ce que l'on appelle alors volonté tacite, c'est une volonté révélée uniquement par des faits positifs. « (Le consentement), disent Aubry et Rau, peut résulter tacitement de faits ou d'actes qui le supposent ou l'indiquent d'une manière non équivoque. » (44). « La volonté tacite, déclare M. Bonnecase, est celle s'induisant d'écrits, de paroles ou de faits qui, sans avoir pour objectif direct, positif ou exclusif de manifester la volonté génératrice d'un acte juridique donné, trouvent leur meilleure explication dans l'existence de cette volonté chez leur

(44) Aubry et Rau, IV, § 343-3º.

auteur. » (45). On peut discuter ces définitions; mais un point est certain, c'est que la volonté tacite ne saurait être constituée par une simple abstention (46). Du même coup, le mécanisme de mise en mouvement de la communauté légale est rejeté hors du champ de cette notion, car, dans la conduite des futurs époux qui ne passent pas de contrat, il est impossible de relever un fait positif traduisant univoquement la volonté d'adopter le régime de Droit commun ou, si l'on préfère, trouvant sa meilleure explication dans l'existence d'une telle volonté chez les futurs. Ce n'est pas, en tout cas, dans le mariage lui-même qu'il faut penser découvrir ce fait positif univoque : le mariage est susceptible de déceler cent volontés tacites, plus vraisemblables que la volonté d'être communs en biens. Si l'option volontaire en faveur du régime légal peut s'induire de quelque chose, ce ne peut être que du fait essentiellement négatif que les conjoints se sont abstenus de rédiger un contrat de mariage exprès. Mais alors on s'éloigne irrévocablement de la notion technique de volonté tacite, et l'on aborde la notion toute différente de silence : le contrat tacite ne doit pas être conçu comme un accord de volontés tacites, mais comme un accord de silences, et c'est bien ce qui fait l'irrémédiable vice de pareille construction. L'Ecole contemporaine a beaucoup fouillé la théorie du silence générateur d'effets de droit : elle a été obligée de constater que le domaine abandonné au silence est extrêmement réduit. Les théoriciens les plus optimistes décident bien qu'en certaines hypothèses, le silence subséquent à une sollicitation expresse pourra valoir acceptation, mais il n'en est aucun qui ait proposé de trai-

(45) Bonnecase, *Supplément*, II, n° 394.

(46) Comp. Demogue, *Traité des obligations en général*, II, n° 540; Dereux, *De l'interprétation des actes juridiques privés*, thèse Paris, 1903, p. 277. — V. cep. Lévy, *Des manifestations tacites de volonté*, thèse Dijon, 1927, p. 33 et suiv.

ter un échange de silences comme un échange de consentements. On conçoit, à la rigueur, que : offre expresse + silence = contrat ⁽⁴⁷⁾; mais le bon sens dit assez que : silence + silence = 0. Pour que naisse un acte juridique, il faut nécessairement que le silence puisse s'accrocher, en quelque sorte, à une manifestation matérialisée de la volonté. Que si le silence rencontre le silence, le néant juridique n'en sera pas troublé. D'un contrat de mariage, ainsi formé du silence de toutes les parties, il ne peut sortir que du vent; et c'est bien le cas de dire que le pseudo-contrat tacite de mariage ne tient pas debout au sein de la technique juridique actuelle. Objectera-t-on qu'il est d'autres contrats tacites, sanctionnés par le droit positif : mandat tacite de la femme mariée, gage tacite du bailleur d'immeubles, hypothèque tacite des mineurs et des interdits, etc.? Mais la question se pose justement dans les mêmes termes pour ces prétendus contrats tacites, et l'on ne peut s'empêcher de croire qu'imaginés par la doctrine, ils se ramènent, eux aussi, à un déguisement contractualiste d'institutions essentiellement légales. Nous l'avons déjà prouvé pour le mandat tacite, et la démonstration se reproduirait sans peine pour toutes les hypothèses. Encore une fois, la notion de contrat tacite en général et celle de *contrat de mariage tacite* en particulier apparaissent comme de vains mots.

(47) En raisonnant dans l'abstrait, sans s'astreindre à suivre les articles 1119-1121, il est surprenant que l'on n'ait pas développé de ce côté le système esquissé par Duranton et par Taulier. On aurait soutenu que, par une double combinaison de stipulation et de promesse pour autrui, la loi stipulait et promettait la communauté de meubles et d'acquêts pour le compte de chaque conjoint : le silence des époux valait ratification de la stipulation et de la promesse. Bien entendu, comme pour les stipulations notariales de l'ancien Droit (Comp. Ed. Lambert, *Stipulation pour autrui*, thèse Paris, 1893, 2^e partie, § 177), la loi se serait incarnée dans un sujet de droit stipulant et promettant : pour la circonstance, l'officier de l'état civil. Fiction pour fiction, cette façon de contractualiser la loi n'aurait été, à tout prendre, ni moins ingénieuse ni plus fausse que le procédé du contrat tacite direct.

Mais, répondra-t-on, le mot est peut-être mal choisi, la chose demeure. La communauté légale n'a pas à sa base un contrat de mariage tacite; soit : on admettra qu'elle est mue par un *contrat de mariage présumé* ⁽⁴⁸⁾. Il n'y a pas contrat tacite, il y a présomption de contrat. La loi présume irréfragablement que les époux qui n'ont pas fait rédiger de contrat ont eu la volonté de se marier sous le régime de la communauté de meubles et d'acquêts; c'est une conséquence qu'elle tire d'un fait connu à un fait inconnu (art. 1349). Par malheur, cette idée de contrat de mariage présumé se révèle comme tout à fait étrangère à notre technique juridique. La notion de présomption a une signification technique strictement délimitée par les articles 1349 à 1353. Elle se cantonne dans la théorie des preuves, tandis qu'en matière de communauté légale, c'est le fond même du droit qui est en jeu. Une telle observation est décisive, et nous dispense de souligner que la prétendue présomption, qui résulterait de l'article 1400, cadrerait très mal avec les critères de l'irréfragabilité, indiqués taxativement par l'article 1352. Ce n'est donc qu'en déformant le concept de présomption que l'on pourrait songer à expliquer la naissance du régime matrimonial de Droit commun par la présomption légale d'un accord de volontés des époux ⁽⁴⁹⁾.

(48) Bartin, note D., 1898. 2. 458, col. 2; de Page, *Traité de l'interprétation des lois*, II, p. 62 et suiv.

(49) Nous nous en tenons à un point de vue strictement technique. Il est évidemment loisible au législateur; sur le plan technique, d'établir des présomptions arbitraires. Cependant — et l'on nous permettra bien de le signaler — une présomption n'a de valeur scientifique qu'autant qu'elle est fondée sur les vraisemblances générales. Or, ici, la présomption d'une adoption volontaire de la communauté légale heurte la vérité expérimentale la plus simple : 1^o c'est un fait avéré que les époux qui négligent de dresser un contrat n'ont même pas conscience de la question; 2^o vainement objecterait-on l'influence subconsciente des traditions et du milieu : dans les départements du Midi, c'est le régime dotal qui est traditionnel, voire le plus répandu; 3^o la communauté légale est visiblement trop contraire aux aspirations de la pratique actuelle pour que la

Mais, argumentera-t-on encore, c'est, en effet, que la présomption légale *hoc sensu* a une portée plus large que la présomption légale au sens technique. Elle n'est pas un simple mode de preuve, elle est un procédé d'élaboration du Droit; elle se confond avec la fiction juridique ⁽⁵⁰⁾. On voit la gradation : du contrat tacite au contrat présumé, du contrat présumé au contrat feint. Il y a, dans notre Droit, des fictions de contrats, sources d'effets juridiques au même titre que le contrat, et la communauté légale est ainsi engendrée par une *fiction de contrat de mariage* ⁽⁵¹⁾. Mais, en se réfugiant dans cet ultime retranchement qu'est la notion de fiction, la théorie de la convention tacite consomme sa perte, parce qu'elle lie son destin à une notion moribonde. La fiction trouve peut-être encore des censeurs d'un pragmatisme indulgent, qui l'excusent parce qu'elle est ou plutôt parce qu'elle a été commode ⁽⁵²⁾; elle n'a plus de défenseurs déclarés. Quel esprit scientifique voudrait pousser en avant une notion qui est la négation de la science? Fiction, c'est mensonge. Fiction juridique, c'est mensonge que le droit se dit à lui-même. Pareille mythomanie est la marque d'une psychologie infantile ou d'une législation en enfance. De fait, la théorie de la convention tacite est apparue à une époque où le Droit civil français, en tant que science, faisait ses premiers pas. A un âge où il était impuissant à embrasser dans une vaste synthèse la nature juridique des régimes matrimoniaux, le Droit a dénaturé spontanément la réalité par l'artifice du contrat tacite, en vue d'attein-

loi puisse, avec quelque raison, présumer que les futurs auraient choisi ce régime s'ils avaient songé à contracter expressément. Comp. pour cette critique un peu rebattue, Lecouffe, *op. cit.*, p. 42-43.

(50) Comp. sur la distinction de la présomption et de la fiction et sur leurs points de contact, Gény, *Science et technique en Droit privé positif*, III, n° 228.

(51) Comp. Maynaud, *Les fictions de contrats dans le Code civil et depuis le Code civil*, thèse Montpellier, 1924, spécialement, p. 242-247.

(52) V. par ex. : Gény, *op. cit.*, III, n° 251; Maynaud, *op. cit.*, p. 367.

dre certains objectifs utilitaires immédiats : extraterritorialité de la communauté coutumière, extension de l'Edit des secondes noces, etc. Mais, aujourd'hui, il est de taille à regarder la réalité en face, sans le secours d'aucune fiction; il s'est appris à déduire les conséquences pratiques de la réalité, au lieu de mutiler la réalité pour obtenir plus vite les conséquences pratiques ⁽⁵³⁾. Dans le mécanisme générateur du régime légal, la fiction de contrat de mariage croule d'elle-même; la théorie du contrat tacite, après cette dernière transformation, se dissout; la loi se découvre et subsiste seule.

II. — Critique de la notion courante d'effet légal.

La notion d'effet légal, comme explication du mécanisme générateur de la communauté légale, n'est pas en soi erronée, mais la manière dont on la présente couramment est à la fois trop simpliste et trop vague pour ne pas prêter le flanc à la critique. Dire que le régime légal dérive de la loi comme les régimes conventionnels dérivent de la convention des parties est une formule empirique, qui énonce des résultats particuliers sans élucider les causes générales. Le tort de la doctrine contemporaine est de croire que l'idée d'effet légal se suffit à elle-même, trouvant son principe et sa fin dans la notion de loi : on raisonne comme si cette idée était suspendue en l'air, et au-dessus du seul régime légal, comme si elle ne s'intégrait pas dans la nature juridique du régime matrimonial abstrait. Par suite de ce faux point de départ, la notion courante d'effet légal se heurte à des objections insoupçonnées.

(53) Comp. sur l'inutilité et la nocivité de la notion de fiction, Bonbecase, *Supplément*, IV; nos 77-96.

a) PREMIÈRE OBJECTION : *La notion courante d'effet légal retourne inconsciemment à la notion de contrat tacite.*

L'objection n'a rien de paradoxal. Il y a effet légal, d'après la notion courante, en ce sens que la communauté est un effet légal *du mariage*, une conséquence que la loi attache de plein droit *au mariage*. Telle est, notamment, la conception de MM. Planiol, Ripert et Nast⁽⁵⁴⁾. Or qu'est-ce que le mariage pour une doctrine encore très répandue et, en première ligne, pour MM. Planiol et Ripert⁽⁵⁵⁾. Un contrat. Et qu'est-ce que l'effet légal d'un contrat? Qu'est-ce qu'une conséquence que la loi attache de plein droit à un contrat, tout en laissant aux contractants la faculté de l'écarter par une clause expresse? Ce ne peut être que le résultat d'une disposition supplétive ou interprétative de volonté, donc, toujours suivant l'opinion courante, l'effet d'une volonté tacite des parties. Il n'y a plus contrat tacite de communauté, mais il y a clause tacite de communauté dans le mariage-contrat. Sous le couvert de la notion d'effet légal, on en revient ainsi à la pensée originelle de Dumoulin, et la volonté, chassée par la porte, rentre par la fenêtre. On se récriera; on répondra que l'Ecole scientifique, outre qu'elle sait aujourd'hui abstraire de la volonté tacite ou présumée des contractants les règles de droit dispositives, ne répugne plus à envisager le mariage sous l'angle institutionnel. Admettons-le volontiers, quoique les auteurs dussent bien alors s'expliquer plus clairement. Il n'en reste pas moins, en toute hypothèse, que la communauté légale ne s'impose pas impérativement aux futurs et que, d'autre part, l'institution organique du mariage est mise en mouvement par un acte juridique : l'acte de mariage⁽⁵⁶⁾. Il y a

(54) Planiol, Ripert et Nast, I, n° 8.

(55) Planiol, *Traité élémentaire*, I (11^e éd., avec la collaboration de Ripert), n° 692; Planiol, Ripert et Rouart, *La famille*, n° 69.

(56) Comp. Bonbecase, *Supplément au Traité de Baudry-Lacantinerie*, IV, n° 364.

donc là un mécanisme infiniment complexe, au milieu duquel la notion courante d'effet légal semble un peu perdue. Il est très beau de faire de la communauté un effet légal de l'état d'époux, au même titre que le devoir conjugal, par exemple, ou bien encore au même titre que la successibilité est un effet légal de l'état de parent; mais se rend-on bien compte que le devoir conjugal est impératif de son essence, et que l'état de parent dérive de la filiation, qui est un fait juridique? Incontestable est le trouble dont la notion courante d'effet légal, malgré sa simplicité ou, plutôt, à raison même de sa simplicité, se trouve enveloppée, trouble qui ne se dissipera que lorsque l'on consentira à embrasser dans toute son ampleur, en fonction de la théorie de l'acte juridique, le mécanisme générateur du régime matrimonial en général.

b) DEUXIÈME OBJECTION : *La notion courante d'effet légal laisse dans l'ombre le mécanisme générateur des régimes conventionnels.*

La notion courante d'effet légal renvoie, implicitement, l'explication du mécanisme générateur des régimes matrimoniaux conventionnels au droit commun des conventions. D'un côté, la loi agissant directement; de l'autre, et sur le même pied, la volonté des parties exprimée dans le contrat de mariage. On paraît juger tout naturel que le contrat de mariage ait le pouvoir de donner naissance à des régimes matrimoniaux. Et pourtant, rien n'est plus épineux.

Il conviendrait, d'abord, de se demander si le contrat de mariage mérite bien le nom de contrat. On peut en douter. Déjà les Exégètes n'avaient pas été sans remarquer que ce prétendu contrat, produisant ses effets à l'encontre ou au profit des tiers, était en antinomie avec la règle de l'article 1165; mais, loin d'en tirer des conclu-

sions défavorables au caractère contractuel des régimes matrimoniaux, ils s'efforçaient de résoudre l'antinomie à force de dialectique ⁽⁵⁷⁾. La doctrine moderne va plus loin. « A proprement parler, déclarent MM. Planiol, Ripert et Nast ⁽⁵⁸⁾, le contrat de mariage n'est pas toujours un « contrat » dans le sens de convention créatrice d'obligations. Sans doute, il peut engendrer des obligations, par exemple quand il contient des promesses de donation ou de constitution de dot. Mais s'il n'a pour objet que de stipuler l'adoption d'un régime matrimonial, tel que la séparation de biens, il ne fait naître aucune obligation et par suite ne mérite pas le nom de contrat au sens technique de ce mot. En réalité, le contrat de mariage... est aujourd'hui un acte essentiellement complexe. Cependant, on peut dire que son objet spécifique est de déterminer le statut patrimonial des époux, de régler leurs intérêts pécuniaires, soit au cours du mariage, soit à sa dissolution... Il peut être défini : l'acte par lequel les futurs époux fixent leur régime matrimonial. » A M. Josserand le contrat de mariage apparaît de même comme « une sorte d'acte réglementaire, dont la fonction est d'instituer un statut plutôt que de créer des obligations entre les parties. » ⁽⁵⁹⁾. Il est donc à peu près acquis que le contrat de mariage n'est pas un contrat au sens de l'article 1101. Mais ne ressortirait-il pas à la notion plus large de convention? On désigne par convention tout accord de volontés destiné à produire des effets de droit. A la lumière d'une telle définition, l'expression de conventions matrimoniales n'a rien que de plausible. Néanmoins — ainsi que le montrent les citations précédentes — les auteurs pré-

(57) Troplong, I, nos 89 et 196; Laurent, XXI, n° 153; Guillouard, I, n° 326; Labbé, note S., 1874. 1. 409.

(58) Planiol, Ripert et Nast, I, n° 15.

(59) Josserand, *Cours de Droit civil positif français*, III, nos 367-368.

fèrent se reporter à la notion plus large encore d'acte juridique. C'est que les conventions matrimoniales présentent une physionomie fort particulière : elles ne demeurent pas enfermées dans le cercle des parties; elles projettent leurs effets au dehors et les opposent aux tiers. Aussi, pour expliquer cette portée absolue des conventions matrimoniales, M. Demogue en est-il venu à parler d'acte de réglementation et de convention-loi ⁽⁶⁰⁾. L'emprunt aux théories du droit public n'est peut-être pas ici très heureux; et même en se plaçant sous l'angle de ces théories, on pourrait faire appel à une autre classification : en évoquant les conceptions de Duguit ⁽⁶¹⁾, il serait loisible de dire que le contrat de mariage, convention qui a pour objet la naissance d'une situation juridique objective, est une union ou *Vereinbarung*. Ce n'est pas le moment de prendre parti; bornons-nous à une constatation : alors que la notion courante d'effet légal laisse supposer, pour les régimes conventionnels, une explication de tout repos, il se trouve que cette explication est, en réalité, le lieu géométrique des controverses les plus ardentes touchant le concept d'acte juridique.

Touchant le concept de l'acte juridique, et aussi touchant sa fonction. Le contrat de mariage est un acte juridique; mais l'acte juridique a-t-il le pouvoir d'engendrer directement des effets de droit, ou ne peut-il agir que par l'intermédiaire de la loi? La notion courante d'effet légal néglige cette question capitale; et les auteurs ne voient pas que, s'il est prouvé que l'acte juridique n'a d'autre fonction immédiate que de mettre la loi en mouvement, la notion d'effet légal devient susceptible de s'appliquer aussi bien en matière de régimes conventionnels qu'en

(60) Demogue, *Traité des obligations en général*, chap. XV, t. II, n° 904.
— Comp. plus haut, p. 36.

(61) Duguit, *Traité de Droit constitutionnel*, 3^e éd., I, p. 409 et suiv.

matière de régime légal. Ce n'est pas tout. Les conventions matrimoniales ne produisent d'effets qu'autant qu'elles sont suivies d'un mariage valable. L'acte de mariage est donc nécessaire pour déclencher les régimes conventionnels, tout comme pour déclencher la communauté légale. Si celle-ci peut être appelée un effet légal du mariage, il faut en dire autant des autres régimes. Mais la doctrine n'a pas conscience de l'objection et s'aveugle de raisonnements fragmentaires et faux : tantôt elle recourt à la théorie des contrats accessoires, comme si le mariage était un *contrat* principal, tantôt elle fait surgir, au sein des conventions matrimoniales, une condition ou un terme incertain si *nuptiæ sequantur* (condition tacite, terme tacite, volonté tacite, *fiction*, comme toujours!) (62). La vérité, c'est que le mécanisme générateur des régimes conventionnels est au moins aussi complexe que celui du régime légal. Avec la notion courante d'effet légal, on ne soupçonne même pas cette complexité, et l'on s'interdit le seul moyen de la découvrir, en refusant de porter une vue synthétique sur l'ensemble des régimes matrimoniaux.

c) TROISIÈME OBJECTION : *La notion courante d'effet légal laisse en dehors de ses explications le mécanisme générateur du régime de séparation de biens judiciaire.*

Nous abordons ici une *terra ignota* juridique. On parle sans cesse du régime légal et des régimes conventionnels. Personne ne réfléchit qu'il existe aussi un régime matrimonial judiciaire, qui est la séparation de biens prononcée par jugement, et que par là se trouve complétée cette trilogie du légal, du judiciaire et du conventionnel, que notre droit a reproduite en plusieurs domaines : représenta-

(62) V. en sens divers, Planiol, *Traité élémentaire*, III, n° 829; la note sous Cass. civ., 18 déc. 1878, au D., 79. 1. 441; Demogue, *op. cit.*, II, n° 921; Josserand, *op. cit.*, I, n° 113, et III, n° 428.

tion, hypothèque, compensation, etc. Le jugement de séparation de biens a deux conséquences inséparables, dont la première a souvent, d'ailleurs, masqué la seconde : il dissout le régime matrimonial préexistant et met en mouvement un nouveau régime. Mais est-ce vraiment la décision de justice qui engendre le régime de séparation de biens ? Si l'affirmative est admise, il s'ensuit que l'on est en présence d'un jugement constitutif (Parcourant les conceptions traditionnelles, nous employons la terminologie de la tradition, mais nous n'entendons pas en assumer la responsabilité au regard des processualistes novateurs). Or, l'article 1445, disposant que « le jugement qui prononce la séparation de biens remonte, quant à ses effets, au jour de la demande », contredit manifestement la notion de jugement constitutif. Toullier consacre à la question un examen assez approfondi : il se place, il est vrai, au point de vue de la dissolution de la communauté, mais son système s'adapte aisément à la mise en marche du régime judiciaire, contre-partie de cette dissolution. Pour Toullier, l'article 1445 implique le caractère purement déclaratif du jugement de séparation de biens ; les juges n'ont qu'à apprécier, en conformité de la loi, le bien-fondé de la prétention de la femme ; ce n'est pas le jugement qui produit la séparation, c'est la volonté exprimée par l'épouse dans la demande ⁽⁶³⁾. Une extrapolation légitime de la pensée de Toullier conduit à expliquer, dans ce système, la génération du régime matrimonial de séparation dite judiciaire par un acte juridique unilatéral de la femme. Le système, en tout cas, a fait long feu : les auteurs ont compris depuis longtemps ⁽⁶⁴⁾, et il est maintenant incontesté ⁽⁶⁵⁾, que le jugement de séparation

(63) Toullier, XIII, nos 95-102.

(64) V. par ex. : Laurent, XXII, n° 337 ; Huc, IX, n° 272 ; Guillouard, III, n° 1174.

(65) Planiol, *Traité élémentaire*, III, n° 1187.

de biens a un caractère constitutif, et que l'article 1443 est une dérogation au Droit commun. Cependant, même avec cette interprétation de l'article 1443, il n'est pas sûr que la doctrine du XIX^e siècle, si elle avait porté son attention sur le régime matrimonial judiciaire, n'y aurait pas vu l'effet d'une volonté des parties, non plus d'une manifestation unilatérale de volonté, mais d'un contrat formé entre les deux époux. Le jugement de séparation de biens est l'aboutissement d'une instance. Or, une conception, qui plonge ses racines dans le droit romain et qui, aujourd'hui encore, compte des partisans, envisage l'instance comme un véritable contrat, contrat judiciaire, cimenté par la demande en justice et par les prises de conclusions ⁽⁶⁶⁾. Dans une autre opinion, qui remonte aux Bartolistes, on écarte l'idée de contrat en faveur de l'idée de quasi-contrat ⁽⁶⁷⁾, mais en donnant à cette dernière idée une signification qui évoque invinciblement des souvenirs du droit matrimonial : il y aurait quasi-contrat judiciaire, fondé sur le consentement tacite, présumé ou fictif ⁽⁶⁸⁾ des parties au procès. En somme, il est probable que les Exégètes, tenants de la thèse contractualiste en matière de régime légal, s'ils avaient eu conscience du problème soulevé par le mécanisme générateur du régime judiciaire, l'auraient résolu tout simplement par un nouveau recours à la notion de contrat tacite. Mais l'Ecole scientifique, mais les défenseurs de la notion d'effet légal?

(66) Demolombe, XXX, nos 382-383; Rauter, *Cours de procédure*, n° 59, p. 64; Garsonnet et Cézard-Bru, *Traité théorique et pratique de procédure civile*, II, nos 662-663, III, n° 1128. — Comp. sur les antécédents historiques de cette conception, Vizioz, *La notion du quasi-contrat*, thèse Bordeaux, 1912.

(67) Rauter, *loc. cit.*; Guénée, note D., 1907. I. 457, col. 2. — Comp. au point de vue historique, Vizioz, *op. cit.*, n° 37, p. 143 et suiv.

(68) Les trois termes sont souvent confondus, ici comme en matière de communauté légale. Comp. là-dessus, Vizioz, *L'Ecole du Droit naturel et le quasi-contrat*, p. 2 et suiv.

Il n'est pas plus difficile d'imaginer quelle serait, hypothétiquement, leur position. Les processualistes contemporains reconnaissent que les rapports de droit issus de l'instance ont une nature purement légale, que c'est de la loi, et de la loi seule, que dérivent les effets des jugements ⁽⁶⁹⁾. La notion d'effet légal trouve donc ici à s'appliquer; du même coup, l'expression de régime matrimonial judiciaire apparaît impropre : *la séparation de biens judiciaire se présente réellement comme un second régime légal* ⁽⁷⁰⁾. Seulement, ici encore, la notion courante d'effet légal, même si ses protagonistes avaient songé à la faire intervenir, ne suffirait point à tout élucider. On peut bien admettre que, dans le processus de mise en marche de la séparation judiciaire, la loi agit directement; mais il est indéniable que des actes juridiques y jouent aussi un rôle : demande en justice de la femme, qui est un acte juridique unilatéral; jugement de séparation, qui est un acte juridique d'une espèce particulière, ressortissant au Droit public. De la fonction de ces actes juridiques par rapport à la loi, la notion courante d'effet légal ne saurait rendre compte. D'où son insuffisance ⁽⁷¹⁾. La doctrine est vraiment impardonnable d'avoir longé, sans le voir, le champ de la séparation judiciaire, où elle aurait pu moissonner tant d'éléments pour une théorie générale du mécanisme générateur du régime matrimonial.

(69) Glasson et Tissier, *Traité de proc. civ.*, II, n° 483.

(70) Ce ne serait pas la seule institution dite judiciaire qui n'aurait de judiciaire que le nom : ainsi l'hypothèque judiciaire n'est, en réalité, qu'une hypothèque légale (Planiol, *Traité élémentaire*, II, n° 2853); bien des cas de représentation prétendue judiciaire ressortissent à la représentation légale (Madray, *Essai d'une théorie générale de la représentation en Droit privé français*, thèse Bordeaux, 1931, p. 34, note).

(71) On peut remarquer, au contraire, que Toullier a su concevoir la fonction de l'acte juridique par rapport à la loi en matière de séparation judiciaire (ce qui n'a rien d'étonnant, d'ailleurs, étant données ses conceptions sur l'acte juridique en général; comp. sur ce point, Bonnecase, *Supplément au Traité de Baudry-Lacanterie*, II, n° 439) : il semble bien que, pour lui (XIII, n° 95), la manifestation de volonté unilatérale de la femme n'a d'efficacité que dans les limites de la loi.

III. — Les conceptions traditionnelles envisagées
sous l'angle de la classification des sources des obligations.

Le rattachement étroit de l'acte juridique au droit des obligations, rattachement qui est la caractéristique de la doctrine classique française ⁽⁷²⁾, est particulièrement marqué en matière de régimes matrimoniaux. La notion même de contrat de mariage en est une preuve. Sans doute l'Ecole contemporaine a-t-elle fini par considérer dans le contrat de mariage autre chose qu'une production d'obligations; mais son langage, ainsi qu'on a pu l'observer, n'est pas là-dessus d'une grande netteté. Bien plus, quand elle traite la communauté de Droit commun comme une conséquence légale du mariage correspondant, dans l'ordre patrimonial, aux droits et devoirs respectifs des époux dans l'ordre personnel, elle ne fait pas autre chose que lier le régime légal au Droit des obligations. Le point de vue obligationnel, que, par delà le point de vue des droits réels, le plan du Code Napoléon avait imposé tout naturellement à l'Ecole de l'Exégèse, continue donc de peser, à l'heure actuelle, sur l'Ecole scientifique : consciemment ou non, chaque régime matrimonial est envisagé, sous le rapport de sa mise en mouvement, comme un faisceau d'obligations entre époux. Aussi n'est-il pas surprenant que, dans les deux grandes conceptions qui se partagent traditionnellement la doctrine, dans celle de l'effet légal comme dans celle du contrat tacite, les sources des régimes matrimoniaux viennent spontanément s'insérer au sein des classifications différentes des sources des obligations.

(72) Bonnecase, *Supplément*, II, nos 268 et suiv.

a) THÉORIE CLASSIQUE : *Cinq sources des obligations (contrat, quasi-contrat, délit, quasi-délit et loi); une seule source des régimes matrimoniaux (contrat).*

Cette formule parle d'elle-même. Le contrat est la source de tous les régimes matrimoniaux sans exception (73). Aucune des quatre autres sources des obligations n'est susceptible de donner naissance aux obligations synthétisées par un régime matrimonial quelconque. Cela est expressément dit pour la loi à l'égard de la communauté légale; mais ce dont il est permis de s'étonner, c'est qu'à l'égard de ce même régime, la question n'ait pas été soulevée pour le quasi-contrat. Il se trouve, en effet, que le quasi-contrat, dans sa notion la plus ancienne, repose sur le consentement tacite, présumé ou fictif des intéressés (74), ce qui ne nous éloigne pas du fondement classique attribué à la communauté légale. Chaque quasi-contrat étant conçu comme la figure, l'imitation d'un contrat déterminé (75), il aurait été logique d'accoupler contrat et quasi-contrat de communauté. Pourtant, ni dans l'ancien Droit (76), ni sous l'empire du Code civil, malgré des exten-

(73) Nous rappelons une variante de la théorie classique : la pensée de Toullier prolongée conduit à admettre deux sources des régimes matrimoniaux, contrat et volonté unilatérale.

(74) Laurent, XX, n° 308. — V. pour l'ancien Droit, Vizioz, thèse précitée, n° 53.

(75) Vizioz, *op. cit.*, n° 74.

(76) Cela tient probablement à ce que Dumoulin n'avait pas orienté l'argumentation du *consilium LIII* du côté de la notion de quasi-contrat, peut-être parce qu'il n'avait pas lui-même une conception très nette de cette notion (Comp. Vizioz, *op. cit.*, n° 49). En tout cas, si la doctrine postérieure n'a pas aperçu la question de la communauté coutumière-quasi-contrat, ce n'est pas faute de l'avoir parfois frôlée de près. Ainsi, Pothier voit un quasi-contrat, pendant du contrat de société, dans l'indivision (qu'il nomme « communauté »); il ajoute que cette quasi-société diffère de la société non par sa structure interne, mais seulement par son mécanisme générateur, parce qu'elle naît sans contrat (*Société*, nos 181 et suiv.) : or, c'est là justement, et Pothier ne s'en rend pas

sions notables de la liste des quasi-contrats, le rapprochement n'a été fait. La raison en est sans doute que la notion de quasi-contrat, marquée (dès l'origine) de l'empreinte romaniste, se prêtait mal à recevoir une institution purement coutumière. Un motif plus abstrait a pu aussi jouer son rôle. Il y a toujours eu, même avant la codification, des auteurs pour battre en brèche la base prétendue consensuelle du quasi-contrat : « Dans les quasi-contrats, déclarait Pothier, il n'intervient aucun consentement; c'est la loi seule ou l'équité naturelle qui produit l'obligation, en rendant obligatoire le fait d'où elle résulte. » (77). Dès lors, le régime matrimonial quasi contractuel serait retombé aussitôt sous la domination de l'idée d'effet légal, avec toutes les conséquences pratiques inhérentes à cette idée et dont la doctrine de l'époque ne voulait point. En vue des résultats utilitaires que l'on recherchait, mieux valait une fiction de contrat qu'un quasi-contrat de mariage.

b) THÉORIE DISSIDENTE A TENDANCES NOVATRICES : *Deux sources des obligations (contrat et loi), deux sources des régimes matrimoniaux (contrat et loi).*

Il est impossible de ne pas souligner combien la notion courante d'effet légal, telle que la présente notamment le *Traité pratique* de Planiol, coïncide exactement avec la classification des sources des obligations proposée par cet auteur (78). De même qu'il y aurait deux sources des obligations : le contrat et la loi, opérant sur le pied d'égalité, il y aurait deux sources des régimes matrimoniaux, pourvues d'une égale efficacité directe : la loi et le contrat. Tout régime matrimonial peut être considéré comme un

compte, la seule différence qui sépare la communauté coutumière de la communauté conventionnelle.

(77) Pothier, *Obligations*, n° 114.

(78) Planiol, *Classification des sources des obligations* (*Revue critique*, 1904, p. 224 et suiv.).

ensemble soit d'obligations contractuelles (régimes conventionnels), soit d'obligations légales (régime légal).

Les deux théories traditionnelles touchant le mécanisme générateur du régime matrimonial apparaissent ainsi avec leur véritable caractère : comme des fragments détachés de telle ou telle classification des sources des obligations; rien ne montre mieux leur étroitesse et, partant, leur fragilité. Rien ne montre mieux, non plus, leur fausseté intrinsèque : la théorie classique, faisant découler tous les régimes de la source « contrat », reconnaît au contrat le pouvoir de produire par lui-même des effets juridiques au même titre que la loi; la théorie de l'effet légal, par la division bipartite qu'elle suppose, exaspère encore cette tendance. Les deux théories ravalent la loi, qui est par excellence la source formelle du Droit, à la hauteur des manifestations particulières de volonté, qui ne créent point le Droit, mais le subissent; l'une et l'autre se comportent comme s'il n'existait pas, dans le Droit, une irréductible hiérarchie des notions techniques. Tout le mal, encore une fois, vient de ce que la doctrine s'est dérobée devant l'énoncé rationnel du problème : quelles sont les fonctions respectives de la loi, de l'acte juridique et du fait juridique dans la mise en mouvement du régime matrimonial? On a préféré racornir le problème que l'embrasser dans toute son ampleur; et c'est pourquoi il nous aura fallu, pour le restituer dans ses véritables termes, plus d'efforts qu'il ne va nous en falloir maintenant pour le résoudre.

§ 2. — *Solution proposée : le régime matrimonial constitue une société-organisme, toujours engendrée par un effet direct de la loi.*

La solution du problème ne peut consister, d'après nous, que dans une adaptation de la théorie générale de l'acte juridique et du fait juridique à la nature juridique

particulière du régime matrimonial, telle que nous l'avons révélée sous son double aspect : société, personnalité morale. Que l'on commence par élucider en général la fonction de l'acte et du fait juridiques; puis, que l'on étudie les applications spéciales de cette fonction en matière de sociétés personnifiées : le mécanisme générateur du régime matrimonial apparaîtra alors des plus simples.

I. — La fonction de l'acte juridique et du fait juridique.

C'est ici le lieu de rappeler quelques notions essentielles, dont nous emprunterons la trame à l'œuvre de théoriciens récents. On est d'accord pour admettre que le fait juridique, conçu dans un sens large, englobe l'acte juridique : on entend alors par fait juridique tout fait quelconque susceptible de produire des effets de droit⁽⁷⁹⁾. Mais, d'ordinaire, l'expression revêt un sens spécialisé, et le fait juridique est opposé à l'acte juridique. L'acte juridique est un acte qui est accompli dans le but exclusif de réaliser un ou plusieurs effets de droit⁽⁸⁰⁾. Selon une définition plus développée, c'est une manifestation extérieure de volonté, bilatérale ou unilatérale, dont le but direct est d'engendrer, sur le fondement d'une règle de droit ou d'une institution juridique, à l'encontre ou au profit d'une ou de plusieurs personnes, un état, c'est-à-dire une situation juridique permanente et générale, ou, au contraire, un effet de droit limité se ramenant à la formation, à la modification ou à l'extinction d'un rapport de droit⁽⁸¹⁾. Face à cette conception de l'acte juridique, la notion de fait juridique

(79) Capitant, *Introduction à l'étude du Droit civil*, n° 228; Bonnecase, *Supplément au Traité de Baudry-Lacantinerie*, II, n° 312.

(80) Planiol, *Traité élémentaire*, I, n° 263; Josserand, *Cours de Droit civil positif français*, I, n° 120. — Comp. la définition de M. Coumaros (thèse précitée, p. 30-31) : « Un acte de volonté licite, à la suite duquel un effet de droit apparaît immédiatement. »

(81) Bonnecase, *op. cit.*, II, n° 251.

stricto sensu vise soit un événement purement matériel, soit des agissements plus ou moins volontaires; générateurs de situations ou d'effets juridiques, sur la base d'une règle de droit, alors que le sujet de cet événement ou de ces agissements n'a pu avoir ou n'a nullement eu le dessein de se placer à leur occasion sous l'empire du Droit⁽⁸²⁾.

Après avoir défini la notion de l'acte juridique et du fait juridique, on est amené à considérer leur fonction. Les deux points de vue sont inséparables; pour mieux dire, la fonction est incluse dans la notion. Une distinction est, d'ailleurs, nécessaire : l'acte et le fait juridiques ont à la fois une fonction immédiate, rigoureusement uniforme et abstraite, et une fonction médiate, variable, contingente et concrète. La fonction immédiate de l'acte et du fait juridiques consiste dans la mise en mouvement soit de la règle de droit, soit de l'institution juridique⁽⁸³⁾ ou, si l'on se place sous un angle formel, dans la mise en mouvement de la loi. L'acte et le fait juridiques ne produisent d'effets de droit que par la loi et dans les limites de la loi. A l'inverse, la loi n'entre en mouvement qu'autant qu'elle a été, en quelque sorte, excitée par un acte juridique ou par un fait juridique; sans cet excitant, elle reste à l'état de virtualité latente. Dans les sphères de la technique, règles de droit et institutions juridiques sont originellement au repos, quoique en équilibre instable, attendant une impulsion, si faible qu'elle soit, pour s'ébranler et dévaler dans le domaine des applications effectives. L'impulsion, c'est l'acte et le fait juridiques, « événements-déclics »⁽⁸⁴⁾, qui la donnent. Ils déclenchent, ils décrochent la loi⁽⁸⁵⁾. Telle est

(82) Bonnecase, *op. cit.*, II, n° 252.

(83) Bonnecase, *op. cit.*, I, n° 375; II, n° 433.

(84) Madray, *op. cit.*, p. 139.

(85) En ce qui concerne l'acte juridique, si nous ne nous en tenions pas strictement au point de vue technique, nous aurions pu songer à transposer ici, dans une conciliation de la toute-puissance de la loi avec le principe de l'autonomie de la volonté, la théorie philosophique du travail

leur fonction immédiate, qui conditionne inéluctablement leur fonction médiate et variée. Cette fonction médiate, dans laquelle l'acte et le fait juridiques n'opèrent que d'une manière indirecte et réflexe, par l'intermédiaire forcé de la loi, aboutit à la production de situations juridiques concrètes, se traduisant elles-mêmes par l'apparition de droits de famille, de droits réels et d'obligations⁽⁸⁶⁾, comme aussi (et cela est capital, en l'espèce) par l'apparition d'organismes juridiques. Nous sommes ainsi conduit, avec cette dernière remarque, aux confins de la notion de société.

II. — La fonction de l'acte juridique et du fait juridique en matière de sociétés personnifiées.

Ce dont il faut se garder avant tout, c'est d'identifier la société et le contrat de société. Sans doute, le Code civil, s'abandonnant à l'inspiration qui a faussé tout son plan, a-t-il traité la société d'un point de vue rigoureusement contractuel, qu'atteste la définition de l'article 1832. Mais, en bien d'autres matières, il en a été de même, où l'on n'hésite plus, cependant, à séparer du contrat l'institution dont il est normalement le support : sous le contrat de mandat, on a discerné les éléments de la théorie générale de la représentation⁽⁸⁷⁾; du contrat de gage, on a extrait le gage, qui peut être gage légal autant que gage conventionnel. Non moins indispensable est de disjoindre les notions de contrat et de société : il y a le contrat de société,

décrochant, par laquelle le mathématicien Saint-Venant avait essayé de concilier le déterminisme physique avec la liberté de la volonté. A l'instar de Saint-Venant, nous nous serions demandé si, tout comme une force infinitésimale, pratiquement égale à zéro, est susceptible de produire, par décrochement d'une masse, un travail énorme, la volonté humaine, infinitésime en soi, n'est pas susceptible de produire, par décrochement de la loi, des effets juridiques considérables.

(86) Bonnecase, *op. cit.*, II, n° 449.

(87) Madray, *op. cit.*, spécialement, p. 164 et suiv.

et il y a la société. En d'autres termes, il importe de distinguer — distinction qui n'est, du reste, nullement inédite⁽⁸⁸⁾ — la société-contrat et la société-organisme. On observe souvent que la société tranche sur les contrats ordinaires en ce qu'elle occupe, pour ainsi dire, un certain volume dans l'espace, en ce qu'elle se manifeste comme une réalité tangible s'imposant aux tiers, malgré l'article 1163. A la vérité, ce n'est point le contrat de société qui a cette nature : un contrat n'est jamais qu'un contrat; c'est l'organisme, la personne morale, que le contrat a pour résultat de faire surgir et qui, comme tout organisme, comme tout sujet de droit, naît, vit et meurt *erga omnes*. Au sein d'une même société, contrat et organisme sont, certes, indissolublement liés⁽⁸⁹⁾; mais, sous le rapport de l'analyse abstraite, il est possible et nécessaire de dissocier les deux notions. Il peut y avoir contrat de société sans société-organisme : c'est ce qui a lieu dans l'association en participation; la participation est le type pur de la société-contrat, créant de simples rapports de droit relatifs entre deux ou plusieurs personnes physiques, et ne donnant point naissance à un organisme personnifié dont l'existence s'impose universellement. A l'inverse — et l'on devine les répercussions d'une telle constatation sur la matière du présent chapitre — *il peut y avoir société-organisme sans contrat de société, ou, plus exactement* (car, dans toute société personnifiée, la production de rapports d'obligations ne saurait être qu'un point de vue secondaire), *sans convention de société*⁽⁹⁰⁾. Débordant

(88) Pardessus, *Cours de droit com.*, III, n° 966; Vavasseur (7^e éd., par Bonnecase), I, n°s 4 et 321.

(89) On en a pourtant douté, en matière de société de fait. C'est ainsi que, d'après une théorie répandue (V. par ex. Bourcart, note au S., 1918-1919.2.73-77), il faudrait, dans la liquidation des sociétés irrégulières, maintenir les effets du contrat et anéantir ceux de l'organisme (En sens contraire ; Hémard, *Nullité de sociétés*, n°s 241-244; Vivante, *Trattato di diritto commerciale*, II, n° 321).

(90) En sens contraire Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Société*, n° 509 : « La société est toujours un contrat ».

le cadre de la convention, le mécanisme générateur de la société-organisme met en jeu les fonctions immédiate et médiate de l'acte juridique et du fait juridique. On doit concéder à l'opinion courante que, dans la société civile, dans la société en nom collectif, dans la commandite simple, c'est bien une convention qui, par le moyen de la loi, fait apparaître l'organisme. Mais, en cherchant hors du Code civil et hors du Code de commerce, on rencontre plus d'une hypothèse où l'idée de convention est en défaut. Nous allons en voir des exemples parlants, évocateurs de mainte analogie avec tel ou tel type de régime matrimonial.

Sous réserve des sociétés créées de fait, qui sont des sociétés irrégulières ⁽⁹¹⁾, il est bien vrai que, dans notre législation actuelle, il n'y a pas de société qui puisse être mise en mouvement par un fait juridique ⁽⁹²⁾. C'est toujours un acte juridique qui intervient, en vertu de sa fonction médiate, pour donner naissance à l'organisme. Seulement, sous le rapport de l'existence et du rôle de la volonté qui est prise en considération, cette intervention de l'acte juridique n'a rien de commun avec le mécanisme traditionnel des contrats. Commençons notre revue aux antipodes de ce mécanisme : *en certains cas, la manifestation de volonté, qui aboutit à la création d'une société-organisme, émane, non des futurs associés, mais d'une tierce personne*. Tel est le cas des associations syndicales, lesquelles nous paraissent, sous l'angle de la notion de béné-

(91) Comp. sur les sociétés créées de fait, Hémard, *op. cit.*, nos 100-119.

(92) Il n'en a pas toujours été ainsi : dans l'ancien droit, c'était à la suite d'un fait juridique, la cohabitation prolongée durant un an et jour, que naissaient les sociétés taisibles. On pourrait penser, de même, à la société qui s'établissait, en droit romain, entre le patron et l'affranchi à la suite d'un manquement de ce dernier dans l'accomplissement de ses *operæ* (Dig. 38.2.1); toutefois, l'hypothèse souffrirait quelque difficulté (Comp. Del Chiaro, *Le contrat de société en droit romain*, thèse Nancy, 1928, p. 92).

fice, constituer de véritables sociétés⁽⁹³⁾. Un décret en Conseil d'Etat fait jaillir l'association syndicale forcée et associe impérativement les propriétaires intéressés. Dans l'association syndicale autorisée, un arrêté préfectoral met en marche l'organisme social à l'encontre d'une minorité dissidente de futurs associés. Rétorquera-t-on que l'exemple est peu probant, parce que les associations syndicales ressortissent ou confinent à la notion d'établissement public⁽⁹⁴⁾? En voici un autre. Par l'effet du jugement déclaratif de faillite, les créanciers du commerçant failli se trouvent former une masse. La masse des créanciers apparaît, à tous égards, comme un organisme juridique, représenté par le syndic, comme une personne morale. C'est l'opinion de beaucoup d'auteurs⁽⁹⁵⁾. Ce qu'il sied d'ajouter, c'est que cet organisme constitue une société, où la mise en commun des créances est destinée à produire des bénéfices au sens de l'article 1832, bénéfices d'ordre négatif consistant dans la conservation et dans la meilleure utilisation desdites créances⁽⁹⁶⁾. Or, une telle société s'établit de plein droit, en dehors de toute volonté des créanciers associés. Il ne faut point parler de société judiciaire, cela laisserait supposer qu'un jugement en est la cause efficiente. En réalité, c'est la loi qui engendre la masse en tant que société-organisme, mais la loi déclenchée par cet acte juridique d'une nature spéciale qu'est le jugement déclaratif de faillite. D'autres hypothèses, sur

(93) V. sur les associations syndicales, les lois des 21 juin 1865, 22 décembre 1888, 13 décembre 1902, 5 août 1911.

(94) Tribunal des conflits, 9 déc. 1899 (*Recueil des arrêts du Conseil d'Etat*, 1899, p. 1731).

(95) Lyon-Caen et Renault, VII, n° 472; Thaller, notes D., 1893.1.407, et D., 1898.1.473, et *Traité élémentaire*, n° 1701; Thaller et Percerou, *Faillites*, I, n° 88; Lacour et Bouteron, *Précis*, II, n° 1831; Augée, *Nature juridique du concordat en matière de faillite*, thèse Paris, 1910.

(96) Comme on pouvait s'y attendre, les auteurs précités, liés par leur interprétation stricte du terme bénéfice, sont plutôt hostiles à l'idée de société (V. cependant, Carrié : *De la masse des créanciers dans la faillite et la liquidation judiciaire*, thèse Montpellier, 1926, p. 21 et suiv.).

le chemin qui nous ramène à l'idée de convention, marquent un degré de plus dans le rôle conféré à la volonté : *l'acte juridique, que la loi prend en considération pour en faire dériver une société-organisme, comporte une manifestation de volonté des futurs associés; mais cette manifestation de volonté n'est pas directement relative à la naissance de la société.* Le groupement des parts bénéficiaires, tel que l'a institué la loi du 23 janvier 1929, offre un exemple typique. Il résulte de la nouvelle législation que, nonobstant toute stipulation contraire, les propriétaires de parts de fondateur forment de plein droit une masse susceptible de s'organiser en assemblée générale et de se donner des organes de représentation. En conformité de notre critérium de la notion de bénéfice, nous n'hésitons pas à regarder la masse des porteurs de parts comme une véritable société personnifiée⁽⁹⁷⁾. Quel acte juridique est à l'origine de cette société? On est tenté de chercher du côté de la société par actions, tantôt dans les statuts portant attribution des parts, tantôt dans la délibération d'assemblée générale qui en décide l'émission. Il s'agit pourtant d'un acte plus complexe, et l'on ne peut se dispenser de considérer la volonté des porteurs de parts, telle qu'ils l'expriment en acceptant l'attribution qui leur est faite ou en souscrivant à l'émission qui leur est proposée. C'est leur manifestation de volonté qui déclenche le mécanisme légal, et aboutit par là même à mettre en

(97) Ici encore, il règne une hostilité de principe contre l'idée de société. Mais, en outre, on soutient que l'intention du législateur de 1929 a été d'instituer des groupements *sui generis*, échappant à toutes les classifications antérieures (Bel, *Le groupement des parts bénéficiaires et la loi du 23 janvier 1929*, thèse Lyon, 1929, p. 130 et suiv.), et dépourvus, en conséquence, de la personnalité morale (Bel, *op. cit.*, p. 133; Gain, *Commentaire au D.*, 1929.4.49. — En sens contraire, Cordonnier, *Journ. soc.*, 1929, p. 321; Jacques Copper-Royer, *Le régime des parts bénéficiaires depuis la loi du 23 janvier 1929*, thèse Paris, 1931, n° 52). Cela est peut-être exact si l'on se confine aux travaux préparatoires; seulement, fort au-dessus des travaux préparatoires, nous mettons le texte de la loi et son but social.

mouvement la société-organisme qu'est la masse. Or, la volonté qui est ainsi manifestée n'est point du tout la volonté de créer une société : c'est simplement celle d'acquiescer des parts bénéficiaires. La loi agit donc, sous l'excitation d'un acte juridique, pour produire des conséquences qui n'entrent pas dans les prévisions des parties, bien mieux, qui peuvent être contraires à leurs prévisions, puisque la loi a ici une portée impérative. On serait en droit d'appeler une telle société « société légale », et il ne serait pas déplacé de prétendre que cette société est un « effet légal » de la souscription des parts de fondateur. Autre exemple, dissimulé sous un texte banal : selon l'article 2033 du Code civil, « lorsque plusieurs personnes ont cautionné un même débiteur pour une même dette, la caution, qui a acquitté la dette, a recours contre les autres cautions, chacune pour sa part et portion ». Quelle est la nature de ce recours ? Diverses explications ont été avancées ; aucune n'est satisfaisante. « Je crois, conclut M. Planiol, qu'il faut en revenir au système de la loi Apuleia : il existe entre cautions d'une même personne une sorte de société tacite qui les expose à un même risque, ce qui implique l'idée d'une répartition de la perte subie. » (98). Sous réserve de l'inutile appel à l'archaïque loi Apuleia, et sauf à lire « légal » ce qui est écrit « tacite », il semble que M. Planiol ait vu très juste. La loi instaure de plein droit une société entre les cautions multiples d'un même débiteur, société ayant pour objectif économiquement appréciable de diminuer ou d'éviter une perte. Seulement, si c'est bien la loi qui engendre directement cette société-organisme, elle n'agit que sous le déclic de l'acte de cautionnement, acte juridique émanant des futurs associés, mais ne traduisant en rien une volonté de s'engager dans des liens sociaux. Montons d'un degré encore dans le

(98) Planiol, *Traité élémentaire*, II, n° 2365.

crescendo de la volonté : il est des hypothèses où l'acte juridique, qui déclenche le mécanisme légal, générateur de la société-organisme, comporte, de la part des futurs associés, des manifestations de volonté tendant consciemment à faire naître la société, quoique ne répondant pas en soi à la notion de consentement conventionnel. Nous visons par là la fondation des sociétés anonymes. Les futurs associés manifestent, certes, leur volonté de devenir associés; mais ces manifestations de volonté, concourantes, et non concordantes, ne s'expriment pas dans une convention au sens technique du mot. Par une analyse très subtile, Duguit avait été amené à parler ici d' « acte collectif » ou « gesammte Akt »⁽⁹⁹⁾. Nous nous contentons de remarquer que l'on trouve, à la base de la société anonyme, un acte juridique d'une nature très particulière et très complexe. Cela est surtout visible quand il y a (comme c'est normalement le cas) fondation successive⁽¹⁰⁰⁾. Une première série de manifestations de volonté vient se matérialiser dans les statuts. A la rédaction des statuts participent, aussi bien que de futurs actionnaires, des personnes étrangères à la nouvelle société : c'est la notion de fondateurs qui est ici en jeu, et elle est susceptible d'englober, d'après la jurisprudence, des tiers qui n'ont point la qualité d'associés⁽¹⁰¹⁾. Que si l'on envisage les statuts dans leur nature intrinsèque, on peut y voir une convention : accord de volontés entre tous les fondateurs; seulement il ne faut pas croire que ce soit à cette convention que la loi attache la naissance de la société-organisme. « Les statuts, déclare-t-on, sont la charte organique de la société, la clé de voûte de tout l'édifice juridique qu'elle impli-

(99) Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 3^e éd., t. I, p. 398 et suiv.

(100) V. sur la distinction de la fondation simultanée et de la fondation successive, Lacour et Bouteron, I, n° 422.

(101) V. sur la notion jurisprudentielle de fondateurs, Thaller et Pic, II, n° 827.

que. » (102). Soit, mais ils ne forment pas l'événement décisif qui met au monde la société; ils ouvrent simplement la période constitutive, au cours de laquelle l'organisme futur, à l'instar de l'enfant conçu, pourra être traité, dans les rapports entré associés, comme sujet de certains droits (103). Les statuts demandent à être suivis de toute une série de manifestations de volonté : souscription des actions, déclaration des fondateurs devant notaire, et, finalement, délibérations diverses des assemblées générales constitutives. L'ultime délibération de la dernière assemblée constitutive est le déclic décisif (104), qui fait définitivement passer la société à la vie juridique, dans le moule préparé par les statuts. C'est donc tout un ensemble de manifestations de volonté successives, tantôt unilatérales, tantôt plurilatérales, que la loi prend en considération pour en faire dériver, *erga omnes*, l'organisme social. Ce n'est point une convention, c'est, au fond, un acte juridique essentiellement composite, constitué par l'ensemble de ces manifestations de volonté, qui est à l'origine de la société anonyme. On verra, bientôt, pourquoi nous avons si longuement insisté sur tous les exemples passés en revue.

Ayant ainsi isolé la société de sa vieille enveloppe contractuelle, il ne nous reste plus qu'à rendre raison de son mécanisme générateur par une formule synthétique, à laquelle aucune hypothèse de notre législation positive ne puisse échapper. Cette formule nous paraît être la suivante : *toute société personnifiée constitue un organisme, qui est engendré par un effet direct de la loi sous l'impulsion d'un acte juridique*. Les fonctions immédiate et médiate de l'acte juridique se trouvent par là résumées :

(102) Thaller et Pic, II, n° 838.

(103) Thaller (*Traité élémentaire*, n° 504), Thaller et Pic (II, n° 841) parlent de « personnalité morale intérieure ».

(104) Comp. Wahl, *Précis de Droit commercial*, n° 696.

fonction immédiate, l'acte juridique met la loi en mouvement; fonction médiate, il aboutit, par l'intermédiaire de la loi, à donner naissance à un organisme. La formule, à ce degré de synthèse, appelle une transposition en matière de régime matrimonial.

III. — Adaptation de la théorie générale de l'acte juridique à la nature juridique du régime matrimonial.

Une fois admis que la nature juridique du régime matrimonial abstrait se traduit dans les notions de société et de personnalité morale, il est impossible de se soustraire à cette déduction logique que *tout régime matrimonial constitue une société-organisme, qui est engendrée par un effet direct de la loi sous l'impulsion d'un acte juridique* (105). Une telle formule est assez synthétique pour ne laisser hors de son champ d'application aucun des types de régimes matrimoniaux. Cela va se vérifier aisément.

Que l'on considère le mécanisme générateur du régime de séparation de biens judiciaire. Un acte juridique, le jugement de séparation (106), déclenche le mécanisme légal par lequel ce type de société conjugale est engendré. Il y a là quelque chose de tout à fait comparable à la naissance de la masse des créanciers dans le droit des faillites. La volonté des futurs associés n'est nullement prise en considération, c'est une manifestation de volonté du tribunal qui met en mouvement, à l'encontre comme au profit des

(105) Il n'existe plus, dans notre Droit positif, de régime matrimonial qui soit engendré par la loi sous l'impulsion d'un fait juridique. L'ancien Droit en avait connu des exemples : en beaucoup de coutumes, c'était le fait juridique de la cohabitation annale qui déclenchait la communauté légale; on peut ajouter, dans le même ordre d'idées, que c'était le défaut d'inventaire, délit ou quasi-délit du conjoint survivant, qui donnait naissance à la communauté continuée.

(106) Ou bien le jugement déclaratif de faillite, si l'on admet, comme nous l'avons proposé, que la faillite du mari emporte de plein droit séparation de biens.

deux époux, l'institution juridique de la séparation de biens et, par ce médium, fait surgir entre eux un nouvel organisme de société. On ne peut même pas dire, avec Toullier, que la volonté unilatérale exprimée par la femme, dans sa demande en justice, soit à la base de la séparation. La demande de l'épouse joue bien un rôle, en ce sens qu'elle provoque l'activité juridictionnelle du tribunal, mais non pas un rôle décisif : dans le processus de mise en marche du régime, elle n'apparaît point comme l'événement-déclat, pas plus que ne saurait apparaître comme tel, dans la génération de la masse, l'assignation ou la requête d'un créancier aux fins de faillite. L'événement-déclat, c'est ici un jugement. On aurait tort d'avancer, pourtant, l'idée de régime judiciaire. Une telle appellation impliquerait que le juge pût organiser le régime matrimonial de toutes pièces et en doser les effets avec pleine liberté d'appréciation. Or, il n'en est rien. Tant dans sa structure que dans son fonctionnement, le régime de séparation de biens dite judiciaire a une organisation rigoureusement légale, que le juge peut certes se refuser à mettre en mouvement, mais qu'il n'a pas pouvoir de modifier. Il serait donc plus exact de regarder la séparation judiciaire comme un régime légal. On pourrait aller jusqu'à affirmer que c'est un régime plus fortement légal que la communauté légale elle-même. C'est un régime matrimonial impératif : tandis que la loi concède aux époux la faculté d'écarter, par leurs conventions matrimoniales, la communauté de meubles et d'acquêts, elle leur impose, une fois le régime primitif dissous, l'établissement de la séparation de biens sans possibilité d'option pour un régime différent (107). C'est un régime matrimonial obligatoire : la volonté individuelle a toujours les moyens de

(107) Il est une hypothèse exceptionnelle où la communauté légale est elle-même impérative; quand un contrat de mariage est annulé pour une cause quelconque, bien que les époux, en stipulant, aient exprimé leur volonté d'écarter la communauté légale, on n'hésite pas à leur imposer.

paralyser la communauté légale, parce que celle-ci, ainsi qu'on le verra, reçoit son impulsion originelle d'un acte juridique des deux intéressés; le régime de séparation judiciaire, au contraire, est introduit du dehors, par une volonté étrangère aux associés; c'est une société conjugale forcée, susceptible de s'instaurer contre le gré du mari, et de se maintenir contre le gré de l'un quelconque des conjoints ⁽¹⁰⁸⁾. Il faut, toutefois, tenir compte de cette circonstance que la séparation judiciaire ne naît pas dans le vide : elle succède à un régime dissous. Plus que la création d'un nouveau régime matrimonial, c'est, au fond, la transformation du régime primitif par dissolution et reconstitution successives. Le changement de formes ne porte pas atteinte à la permanence de la société conjugale abstraite, personnifiée dans le ménage. Le même ménage subsiste, tirant ineffaçablement son origine d'un acte juridique des époux. C'est là une remarque capitale, qui,

ser ce régime. Les contractualistes, ainsi M. de Boeck (D., 1888.2.268), évitent la difficulté en raffinant encore sur le concept de volonté tacite : la communauté légale s'imposerait, en pareil cas, parce qu'elle aurait été tacitement acceptée d'avance par les futurs en prévision d'une nullité possible. Ici, il faudrait dire, sans doute, que les futurs ont tacitement accepté d'avance la séparation judiciaire en prévision d'un péril éventuel de la dot. C'est toujours le même procédé qui consiste à faire jaillir des volontés tacites sous chaque institution juridique, comme la philosophie médiévale peuplait la nature de forces occultes et de vertus cachées.

(108) Elle ne peut, au contraire, se maintenir contre le gré des deux conjoints à la fois, puisque ceux-ci sont en droit de l'anéantir, par un accord de volontés, en rétablissant rétroactivement le régime primitif (art. 1451) : une convention aboutit, en quelque manière, à renverser le mouvement que le jugement de séparation avait précédemment déclenché. Mais, si la séparation judiciaire a besoin de la volonté des parties pour se maintenir, cela n'implique pas qu'elle dérive de cette volonté (comp. art. 1443, al. 2). De la volonté du mari, défendeur lié de force à l'instance, il ne peut être question dans la génération du nouveau régime. Quant à la volonté de la femme, la règle de l'article 1451 est la meilleure preuve de son inefficacité intrinsèque : si la volonté unilatérale de la femme avait suffi à faire surgir le régime de séparation, elle devrait suffire à le faire rentrer sous terre; or l'article 1451 exige l'adhésion du mari. C'est que le jugement de séparation, faisant naître un nouvel organisme social entre les deux conjoints, a créé au profit de chacun d'eux une situation juridique concrète, dont ni l'un ni l'autre ne peut plus être dépouillé sans son consentement.

sur le terrain scientifique, justifierait, s'il en était besoin, en la réduisant à sa véritable portée, l'intervention exclusive de la volonté des juges dans le mécanisme générateur de la séparation judiciaire. Il n'en reste pas moins vrai, d'ailleurs, sur le plan technique, que *le régime de séparation de biens dite judiciaire constitue une société-organisme, engendrée par un effet direct de la loi sous l'impulsion d'un jugement.*

Au tour de la communauté légale, maintenant. Un acte juridique, l'acte de mariage, déclenche le mécanisme par lequel la loi engendre ce type de société conjugale. L'acte de mariage est un acte juridique d'une nature très complexe : il n'allie pas seulement les deux manifestations de volonté concordantes des futurs; il englobe aussi une manifestation de volonté de l'officier de l'état civil, puisque celui-ci doit prononcer, au nom de la loi, que les parties sont unies par le mariage (art. 75) (180 bis). Il existe donc bien, au point de départ de la communauté légale, une manifestation de volonté des intéressés; mais, ce qui est essentiel, c'est que cette manifestation de volonté n'est pas directement relative à la naissance de la communauté : les futurs époux manifestent la volonté de se prendre pour mari et femme, non pas la volonté d'être communs en biens. L'analogie est grande avec le mécanisme qui engendre la masse sociale des propriétaires de parts de fondateur, comme aussi la société entre cautions. La loi entre en mouvement et donne la vie à une société-organisme sous le déclic d'un acte juridique des futurs associés, mais d'un acte juridique dont l'objet conscient et direct est étranger à la création de cette société. Une particularité est pourtant à relever à ce dernier point de vue. Lorsque, sur l'interpellation de l'officier de l'état civil, les futurs époux déclarent n'avoir pas fait de contrat, il est, certes,

(180 bis) Comp. sur la portée véritable de cette manifestation de volonté, Ed. Lévy, *L'union par le mariage*, Rev. crit., 1932, p. 65 et suiv.

techniquement impossible de considérer cette déclaration comme exprimant leur volonté d'établir le type légal de société conjugale. Mais cela ne signifie point que la notion de société conjugale soit sans rapport avec le contenu de l'acte de mariage. Par cela même qu'ils déclarent vouloir se prendre pour mari et femme, les futurs manifestent leur volonté de fonder un ménage. Or, le ménage est l'organisme dans lequel se personnifie la société conjugale abstraite. Technique juridique et réalité expérimentale se rejoignent ici, pour montrer que l'acte de mariage contient une manifestation de volonté destinée à créer la société conjugale *in abstracto*; mais ce qu'il ne contient pas, et ce que l'on ne saurait y inclure sans fiction, c'est une manifestation de volonté ayant pour but de donner à la société conjugale l'organisation technique d'un type concret de régime matrimonial. La notion de ménage joue ici son rôle de notion charnière entre le régime matrimonial et le mariage. Voulant le mariage, les fiancés veulent le ménage, c'est-à-dire la société conjugale abstraite, envisagée dans son objet social essentiel, tel qu'il résulte des articles 212 à 214, sanctionnant les droits et devoirs respectifs des époux; peu leur importe, au contraire, la mise en œuvre technique de cet objet social, sa matérialisation dans tel ou tel type concret de régime. Les futurs déclenchent la loi, par l'acte de mariage, en vue de la création d'un ménage : la loi s'ébranle, et leur retourne le ménage sous la forme concrète et imprévue d'une communauté de meubles et d'acquêts. Une formule résume ce mécanisme : *la communauté légale constitue une société-organisme, engendrée par un effet direct de la loi sous l'impulsion de l'acte de mariage.*

Passons enfin aux divers régimes conventionnels. On est toujours en présence d'un mécanisme légal, qui est allumé, en quelque sorte, par un acte juridique. Mais quel est, en l'espèce, cet acte juridique? On songe tout de suite

aux conventions matrimoniales : c'est là, croyons-nous, une illusion. Les conventions matrimoniales sont radicalement impuissantes, par elles-mêmes, à déclencher la loi en vue d'engendrer un régime matrimonial. Il est incontesté que les régimes conventionnels ne prennent pas naissance au jour du contrat de mariage : cela s'explique — sans appel à la théorie des contrats accessoires ou à l'idée de condition suspensive tacite — par la raison toute simple qu'ils ne prennent pas naissance de ce contrat. Ici encore, l'événement-déclic réside dans l'acte de mariage lui-même. On ne peut mieux faire que de se reporter à une description du mécanisme générateur des sociétés anonymes : il y a, entre les deux matières, plus d'une correspondance cachée. Les conventions matrimoniales sont souvent comparées à des statuts sociaux : la comparaison est exacte, voire d'une exactitude insoupçonnée, si l'on envisage exclusivement les statuts des sociétés anonymes. A l'instar de cette espèce de statuts, les conventions matrimoniales font intervenir, à côté des futurs associés, tous ceux que l'on pourrait nommer les fondateurs du ménage : personnes qui autorisent les fiancés ; constituants de la dot, etc. ⁽¹⁰⁹⁾. Pareille notion des fondateurs du ménage, « parties dans le contrat de mariage » (art. 1396), n'a pas seulement un intérêt doctrinal ; elle est prise en considération par notre droit positif dans la théorie des contre-lettres ⁽¹¹⁰⁾. Pas plus, d'ailleurs, que la rédaction des statuts n'a pour résultat de créer la société anonyme, la rédaction des conventions matrimoniales ne fait naître *ipso facto* la société conjugale : elle n'a d'autre effet que d'établir des liens de droit entre les fondateurs

(109) Comp. sur la notion des fondateurs du ménage, telle que la doctrine classique la détermine, en fonction de l'article 1396, Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, I, nos 133-134.

(110) Comp. sur cette théorie, Laurent, XXI, nos 89 et suiv. ; Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, I, nos 122 et suiv.

et d'ouvrir la période constitutive de la société. Au cours de cette période constitutive, la société conjugale jouit déjà, comme l'enfant conçu, d'une existence juridique embryonnaire; aussi — et sans qu'il soit besoin de recourir à la fiction d'aucune rétroactivité — comprend-on que le régime matrimonial puisse, dès ce moment, produire certaines conséquences juridiques par anticipation (111). Mais les conventions matrimoniales demandent à être suivies d'une manifestation de volonté plus décisive, sans laquelle elles seraient frappées de caducité. La société conjugale n'est pleinement constituée qu'à partir de l'acte de mariage, qui la fait passer définitivement à la vie juridique, dans le moule préparé par les conventions matrimoniales. Celles-ci ne créent par elles-mêmes qu'un cadre, une forme vide et inerte. L'acte de mariage, lui, déclenche l'institution juridique du régime matrimonial : cette institution juridique s'ébranle, fait jaillir la société conjugale comme un organisme vivant, puis, par une sorte de choc en retour, la précipite sur les conventions matrimoniales, l'insère dans leur cadre, la coule dans leur forme, pour constituer finalement un type concret choisi par les fon-

(111) C'est ce que décide la jurisprudence : Cass. civ., 18 déc. 1878, S., 81. 1. 353, note Lacointa; Toulouse, 8 mai 1883, *Gaz. Palais*, t. V, 1^{er} sem., p. 114; Nîmes, 26 mars 1889, *Le Droit*, 16-17 sept. 1889; Douai, 10 avril 1922, *Journal des notaires*, art. 33658. Mais elle s'appuie, explicitement, sur la fiction de la rétroactivité d'une prétendue condition; aussi s'est-elle attiré, en doctrine, des critiques justifiées (V. par ex. Timbal, *Point de départ des effets du régime matrimonial*, thèse Toulouse, 1901, p. 30 et suiv.). Il n'empêche que l'on peut aboutir aux solutions jurisprudentielles sans fiction, en reconnaissant que la personnalité morale de la société conjugale (ou de la fondation dotale) produit certaines conséquences juridiques dès la période constitutive (comp. Boiffin, *Du point de départ des effets du contrat de mariage*, thèse Rennes, 1930, qui recourt à l'idée d'avant-contrat). C'est surtout l'arrêt de la Chambre civile, relatif à une fondation dotale, qui est typique à cet égard, et l'on peut même observer qu'il va beaucoup plus loin que la théorie classique en matière de sociétés anonymes, où il n'est jamais question, pour la période constitutive, que d'une personnalité morale intérieure, ne se projetant pas hors du cercle des fondateurs.

dateurs, mais engendré par la loi. Chaque régime conventionnel appelle donc, quant à son mécanisme générateur, une formule identique à celle de la communauté légale : *il constitue une société-organisme, engendrée par un effet direct de la loi sous l'impulsion de l'acte de mariage.*

En somme, si l'on met à part la séparation judiciaire — et elle mérite d'être mise à part, car, nous l'avons dit, elle peut être considérée comme la transformation de la société conjugale primitive, plutôt que comme la création d'une nouvelle société — c'est toujours l'acte de mariage qui, remplissant sa fonction immédiate d'acte juridique, déclenche la loi en vue de faire naître, par sa fonction médiate, un régime matrimonial. Mais tantôt la loi déclenchée se meut dans un champ libre, tantôt elle rencontre des conventions matrimoniales, et, après avoir inséré dans leur cadre l'organisme qu'elle a engendré, elle les emporte en son mouvement. Au rebours de la thèse contractualiste, on est donc en droit d'affirmer que tous les régimes matrimoniaux, même les régimes conventionnels, sont en un sens, par leur mécanisme générateur, des régimes légaux. Et, à l'encontre de la notion courante d'effet légal, on peut dire qu'il n'est pas de régime, fût-ce le régime légal, qui puisse naître de la loi sans l'intervention d'un acte juridique. De nos développements, la traditionnelle distinction du régime légal et des régimes conventionnels sort grandement affaiblie. En récompense, une autre distinction en sort renforcée : c'est, au sein du régime matrimonial abstrait, la distinction de l'institution juridique et de la société-organisme. L'acte de mariage déclenche, dans la sphère de la loi, un ensemble de règles de droit que synthétise l'institution juridique du régime matrimonial; cette institution juridique engendre une société-organisme, la « constitue », au sens actif du mot. Comme les différentes pièces du mécanisme opèrent les unes dans le prolongement des autres, on est induit, par

une espèce d'illusion d'optique, à confondre l'institution juridique du régime matrimonial avec la société-organisme qu'elle engendre. Il n'en existe pas moins, dans la réalité, entre les deux notions, une distinction fondamentale, dont la mesure nous est maintenant donnée par la distinction même des fonctions immédiate et médiate de l'acte juridique.

SECTION III

SÉRIE DE CONSÉQUENCES DÉCOULANT DE LA NATURE JURIDIQUE
DU RÉGIME MATRIMONIAL EN TANT QUE SOCIÉTÉ-ORGANISME
ENGENDRÉE PAR UN EFFET DIRECT DE LA LOI

Dans la vieille querelle du contrat tacite et de l'effet légal, on parle beaucoup des conséquences pratiques qui résulteraient de l'adoption de l'une ou de l'autre thèse. En fait, les conséquences se ravalent à la mesure du débat. Limitées à un ou deux points : régime matrimonial en droit international privé, régime matrimonial des incapables, et, pour chacun de ces points, au seul régime de communauté légale, ces prétendues conséquences pratiques, par la manière dont elles ont été proposées, ont réduit la doctrine à des recherches partielles et ont enfermé la jurisprudence dans des dilemmes tronqués. Nous devons nous réserver le droit d'aller plus loin que ces recherches et de ne répondre à ces dilemmes ni par oui, ni par non. Pour nous, il ne peut s'agir ici que de poser des déductions rigoureuses de la nature juridique du régime matrimonial, en tant que société-organisme engendrée par un effet direct de la loi; et de telles déductions sont susceptibles d'impliquer des solutions positives inattendues, aussi éloignées de la notion courante d'effet légal que de la thèse contractualiste. C'est ce qui va apparaître par l'examen de ces déductions, que nous grouperons en quatre paragraphes, respectivement consacrés 1° à la portée

véritable du principe de la liberté des conventions matrimoniales; 2° aux incapacités et aux nullités en matière de régime matrimonial; 3° au régime matrimonial en droit international privé; 4° au régime matrimonial en face de la règle de la non-rétroactivité des lois.

§ 1. — *Portée véritable du principe de la liberté des conventions matrimoniales.*

La liberté des conventions matrimoniales est présentée en doctrine comme un principe fondamental, dominant toute la matière des régimes matrimoniaux ⁽¹¹²⁾. Pour nous, ce prétendu principe ne peut être autre chose qu'une pièce constitutive du mécanisme générateur de la société conjugale, tel que nous l'avons décrit, et ne saurait avoir qu'une portée restreinte en profondeur comme en étendue.

En profondeur, d'abord. Ce ne sont pas les conventions matrimoniales, nous le savons déjà, qui ont le pouvoir d'engendrer les régimes conventionnels. Elles ont pour seul but de déterminer la forme qui modèlera ces régimes, une fois qu'ils auront été mis en mouvement par l'acte de mariage. Elles expriment l'option des parties en faveur de l'un des types concrets de société conjugale pré-constitués par la loi; elles combinent, au besoin, plusieurs types, y introduisent des particularités de structure et de fonctionnement. Il semble que les contractants jouissent là d'une véritable liberté créatrice; mais, à la vérité, cette liberté est toute superficielle : elle n'existe que par la loi et dans les limites de la loi. Si les conventions matrimoniales produisent un effet quelconque, c'est parce qu'elles déclenchent une règle de droit, qui, en retour, leur confère efficacité. La règle de droit, dont il s'agit, nous paraît

(112) V. par exemple Baudry-Lacantinerie, *Le Courtois et Surville*, I, nos 11-14; Jossierand, III, n° 401.

se matérialiser dans l'article 1387 et dans son doublet, l'article 1327, al. 1, 2. Ces articles sont la transposition, en matière matrimoniale, de la règle universelle de l'article 1134, édictant que les conventions *légalement* formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Selon l'expression très juste d'un auteur⁽¹¹³⁾, l'article 1387 contient une autorisation en blanc, une habilitation générale, que la loi, agissant dans sa toute-puissance, concède à la volonté privée. On peut bien continuer à proclamer que les conventions matrimoniales sont libres; mais il faut comprendre que leur liberté est essentiellement une liberté dérivée.

C'est aussi une liberté strictement limitée dans son extension. A en croire la doctrine classique, les conventions matrimoniales seraient le terrain d'élection du droit supplétif. L'arbitraire des contractants pourrait s'y mouvoir dans un espace immense, à peine circonscrit par quatre frontières reculées : l'organisation des rapports de famille (art. 1388), l'ordre légal des successions (art. 1389), l'interdiction de renvoyer d'une manière générale aux anciennes coutumes (art. 1390), l'ensemble des dispositions prohibitives du Code (art. 1388, *in fine*). A l'intérieur de ces frontières, il n'y aurait place que pour des règles de droit supplétives, suppléant la volonté inexprimée ou imparfaitement exprimée des parties. Pareil système n'est pas compatible avec notre conception touchant le mécanisme générateur des régimes matrimoniaux. En matière de société conjugale, pas plus qu'ailleurs, il ne nous paraît admissible qu'une règle de droit puisse s'appliquer comme l'interprétation d'une volonté particulière. Sans doute, tandis que certaines règles de droit ont une rigidité impérative sur laquelle se brise toute manifestation de volonté tendant à inhiber leur application, il en est d'autres (pour

(113) Caleb, *op. cit.*, p. 326.

employer le langage de Zitelmann⁽¹¹⁴⁾, qui sont « flexibles », qui « cèdent » au contact de conventions contraires et s'écartent, afin de les laisser entrer en jeu. Mais que l'une de ces règles flexibles et facultatives vienne à s'appliquer effectivement, elle s'appliquera au même titre et avec la même vigueur que les règles rigides et impératives. Toutes les règles de droit sont, à l'égal, des règles de droit organiques⁽¹¹⁵⁾; et dans les régimes matrimoniaux, il n'est rien qui ne soit organique au premier chef. On est en présence d'un ensemble cohérent de règles de droit, qui se compénètrent en vue de la mise en œuvre technique d'une société-organisme. Une telle institution est d'un tissu juridique bien trop serré pour être flexible. Nous n'hésitons pas à décider que ce n'est qu'exceptionnellement que les conventions matrimoniales sont susceptibles de faire fléchir des règles de droit. Nous semblons heurter par là la formule de l'article 1387; mais il sied d'examiner cette formule à la lumière des textes subséquents, et notamment de la réserve finale de l'article 1388 touchant les dispositions prohibitives du Code. Or, ces dispositions prohibitives, telles que les cataloguent les auteurs dans des listes qui ne sauraient pourtant être exhaustives⁽¹¹⁶⁾, sont déjà assez fournies pour que le prétendu principe puisse être ramené au rang d'exception. Le véritable domaine de la liberté des conventions matrimoniales, au fond, c'est l'option des futurs époux entre les types légalement préfigurés de société conjugale; c'est encore, bien qu'avec plus de difficultés, le mélange de plusieurs types. Que s'il est question de forger un type de société conjugale absolument nouveau ou, à l'opposé, d'apporter des altérations inté-

(114) Zitelmann, *Internationales Privatrecht*, I, p. 270 : « Nachgiebiges Recht ».

(115) Bonnecase, *Introduction à l'étude du Droit*, 2^e éd., n° 57.

(116) V. par exemple Baudry-Lacantinerie, *Le Courtois et Surville*, nos 44 et suiv.

rieures à un type préexistant, la liberté des parties s'avère extrêmement bornée; moins peut-être par suite de prohibitions textuelles et spéciales que par suite d'une prohibition virtuelle et générale, tenant à la nature juridique même du régime matrimonial. Aux fiancés désireux de nouveautés matrimoniales, une barrière infranchissable et vite atteinte s'impose, sous la forme d'un minimum de société conjugale, qui est la séparation de biens : descendre plus bas, ce serait stipuler que le ménage ne vivra sous aucune espèce de régime matrimonial, et il y a à semblable stipulation une impossibilité intrinsèque. Les futurs n'ont pas davantage licence d'innover arbitrairement au sein d'un régime donné. Chaque type de société conjugale constitue, en effet, un organisme, qui requiert pour vivre des proportions définies entre ses divers organes : ces proportions définies, la loi les a presque partout réalisées avec un équilibre qui ne souffre guère de modifications. De là une limitation considérable à la liberté des conventions matrimoniales : le contrat de mariage ne peut pas engendrer de monstres juridiques : un régime matrimonial que la volonté des parties aurait altéré dans un sens contraire à sa nature juridique ne serait pas juridiquement viable, c'est-à-dire ne serait pas valable. Cela nous permet de résoudre très simplement, et par la négative, l'encombrant problème des régimes matrimoniaux à terme ou sous condition, problème à l'occasion duquel des auteurs contemporains, même parmi l'Ecole scientifique, se sont abandonnés aux apparences de l'article 1387 (117). En ce qui concerne le terme, nous avons une disposition légale : l'article 1399, qui prohibe seulement la stipulation d'une communauté sous un terme suspensif. Cet article déroge évidemment au droit commun des sociétés, représenté par l'article 1843. Mais la dérogation était logi-

(117) V. par exemple Colin et Capitant, III, p. 34; Josserand, III, n° 443.

quement inévitable, une fois sanctionné le principe de l'immutabilité, et elle demanderait même à être étendue au delà de la lettre de l'article 1399; c'est pourquoi, à l'encontre d'une interprétation exégétique ou par trop volontariste⁽¹¹⁸⁾, nous admettrons une solution également prohibitive pour les hypothèses qui n'ont pas été prévues par la loi : terme extinctif et régimes non communaux⁽¹¹⁹⁾. Quant à la condition, doctrine⁽¹²⁰⁾ et jurisprudence⁽¹²¹⁾ se montrent, en général, catégoriquement favorables à l'autonomie de la volonté : aucun texte ne s'y opposerait, et, les conditions potestatives étant unanimement exclues⁽¹²²⁾, la rétroactivité de la condition (art. 1179) suffirait à sauvegarder le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales. Un tel raisonnement n'a d'autre tort que de méconnaître la nature juridique du régime matrimonial. Tout régime matrimonial constitue une société-organisme. Or, d'après nous, l'acte juridique qui met en mouvement une société-organisme ne saurait être affecté d'une condition, parce que cela impliquerait que la société-organisme elle-même eût une existence conditionnelle. Peu importe ici le principe de l'autonomie de la volonté : la volonté des contractants est impuissante à violenter la nature des choses, et ce serait bien la violenter que de faire d'un organisme vivant, d'un sujet de droit, l'objet d'une condition et, partant, d'un doute. Nous ne concevons pas,

(118) Rodière et Pont, I, n° 92; Colin et Capitant, *loc. cit.*; Josserand, *loc. cit.* — Comp. Dalloz, Supplément, v° *Contrat de mariage*, n° 49.

(119) En ce sens : Troplong, I, n° 330; Bertauld, *Questions pratiques et doctrinales de Code Napoléon*, I, n° 598; Baudry-Lacantinerie, *Le Courtois* et Surville, I, n° 47; Planiol, Ripert et Nast, I, n° 56.

(120) Toullier, XII, n° 84; Duranton, XIV, n° 97; Aubry et Rau, VII, § 304, texte et note 9; Colmet de Santerre, sur Demante, VI, n° 16 bis, II; Guillouard, I, n° 98; Colin et Capitant, *loc. cit.*; Josserand, *loc. cit.*

(121) On cite en ce sens trois arrêts de la Cour de Colmar : 15 avril 1834 et 28 mars 1834 (cités par Aubry et Rau, *loc. cit.*); 8 mars 1864, D., 64, 2, 83.

(122) Cass. civ., 15 mai 1878, D., 78, 4, 294. — Comp. cependant, Toullier, XII, n° 86.

rationnellement et expérimentalement, la possibilité pour les parties de constituer, par exemple, une société en nom collectif destinée à se transformer, si telle ou telle condition s'accomplit ou défaut, en société à responsabilité limitée. Il est certes licite d'insérer, dans un acte de société, une clause de détail conditionnelle, mais ce que l'on ne peut pas, c'est suspendre l'essence même de l'organisme à la fragilité d'une condition ⁽¹²³⁾. Parallèlement, nous admettons qu'il y a place, à l'intérieur de chaque type de société conjugale, pour des stipulations de détail conditionnelles (dont le Code civil, d'ailleurs, offre des exemples quant à la condition de survie [art. 1520 et suiv.]). Mais subordonner à une condition le type même de la société conjugale et son essence d'organisme, nous déciderons que les conventions matrimoniales ne le peuvent sans encourir la nullité ⁽¹²⁴⁾.

(123) Il est permis de se demander si le Droit romain classique n'avait pas entrevu cette vérité, ce qui expliquerait sa répugnance prolongée à admettre l'insertion d'une condition dans le contrat consensuel de société (V. sur ce point, Del Chiaro, *op. cit.*, p. 299-304, et les explications, par lui rapportées, de MM. Senn et Brassloff — explications secondes, qui ne sont pas inconciliables avec une explication générale, fondée sur la nature organique de la société). En tout cas, Justinien (C., 4. 37. 6) trancha la difficulté dans un sens conforme aux tendances volontaristes de sa codification. Par une réminiscence de l'histoire, Cambacérès introduisit, à son tour, dans son troisième projet de Code, un article 920 ainsi conçu : « On peut faire la société pure et simple ou sous condition ». Cette disposition n'ayant pas été reprise par le Code Napoléon, les commentateurs avaient les mains libres pour donner au problème la solution commandée par la nature des choses. Ils n'en ont point profité (V. par ex. Pardessus, III, n° 972; Troplong, *Société*, II, n° 521).

(124) En ce sens : Troplong, I, n° 332 (malgré son opinion sur la société conditionnelle); Laurent, XXI, n° 207; Bertauld, *op. cit.*, I, n° 599; Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, I, n° 47 bis; Planiol, Ripert et Nast, I, n° 56. — Il ne faut pas objecter que la faculté de renonciation de la femme a pour effet de subordonner à une condition, et à une condition potestative, l'essence de la communauté conjugale, la communauté apparaissant de ce fait, durant le mariage, comme une société en nom collectif sous condition résolutoire et comme une commandite sous condition suspensive. L'objection ne porterait pas, car il s'agit ici d'un mécanisme purement légal, étranger du reste à la notion technique de con-

On voit ainsi combien la nature juridique de la société conjugale est susceptible de rétrécir, de toute part, le domaine concédé au pseudo-principe de la liberté des conventions matrimoniales.

§ 2. — *Incapacités et nullités en matière de régime matrimonial.*

Les deux sujets réunis par l'intitulé du présent paragraphe, bien que théoriquement indépendants, ont un lien de fait, tenant à ce que le gros des discussions, en la matière, s'est concentré sur les nullités pour cause d'incapacités.

I. — *Incapacités.*

Nous savons que, si l'on excepte la séparation judiciaire, pour laquelle la question de la capacité des parties ne se pose pas, le régime matrimonial a toujours à son origine des manifestations de volonté des futurs époux, exprimées soit dans le seul acte de mariage, au cas de régime légal, soit dans l'acte de mariage et dans les conventions matrimoniales qui le précèdent, au cas de régime conventionnel. La validité d'un régime matrimonial donné implique donc, soit la validité du seul acte de mariage, en tant que tel, soit la validité, appréciée séparément, de l'acte de mariage et des conventions matrimoniales. Envisageons spécialement la validité sous l'angle de la capacité. En ce qui concerne la capacité requise pour l'acte de mariage, nous n'avons qu'à recueillir les solutions toutes faites que nous présente le droit positif. Et, quant à la capacité en matière de conventions matrimoniales, il nous suffit d'interroger la nature de cet acte juridique : c'est un acte juridique qui, remplissant les fonctions des statuts, ressortit

diction, et qui suppose à sa base des formalités dont il ne serait pas au pouvoir des particuliers d'organiser l'équivalent.

essentiellement à la constitution d'une société. Ainsi, de notre conception touchant le mécanisme générateur des régimes matrimoniaux, se déduit logiquement la formule suivante : *La validité du régime matrimonial exige, chez les futurs conjoints, la capacité de se marier, et, en outre, dans l'hypothèse où des conventions matrimoniales sont rédigées, la capacité de participer à un acte constitutif de société; le tout sauf disposition contraire de la loi.* Il ne reste plus qu'à projeter cette formule générale sur chaque catégorie d'incapables.

Pour le mineur, l'intervention directe des textes lève la plupart des difficultés. Il est habilité par l'article 1398 à passer toutes conventions matrimoniales, avec l'assistance des personnes dont le consentement lui est nécessaire pour la validité du mariage. Qu'il se marie sans contrat, la communauté légale s'impose à lui valablement, pourvu que l'acte de mariage, qui la déclenche, ait été autorisé en conformité des articles 148 et suivants du Code civil. Cette dernière solution ne se discute pas. Pourtant, si elle est en parfaite harmonie avec notre système, si elle est encore concevable avec la notion courante d'effet légal, elle ne se comprend plus du tout dans la théorie du contrat tacite⁽¹²⁵⁾. Au même titre qu'un contrat exprès, un contrat de mariage tacite demanderait à être accompagné de l'assistance prévue par l'article 1398. On répondra que l'autorisation à mariage vaut assistance au contrat tacite de mariage. Non : pareille supposition travestit, par une fiction nouvelle, la psychologie des intéressés et méconnaît, d'ailleurs, la portée technique très stricte que jurisprudence et doctrine attribuent à la notion d'assistance⁽¹²⁶⁾. La vérité, c'est que la thèse contractualiste est, ici comme partout, en défaut.

(125) Comp. Lecouffe, *op. cit.*, p. 52-54.

(126) Laurent, XXI, n° 24; Colmet de Santerre sur Demante, VI, n° 15 bis, III; Req. 16 juin 1879, S., 80. 1. 166, D., 80. 1. 415.

C'est au sujet de l'individu pourvu d'un conseil judiciaire, prodigue ou faible d'esprit, que les débats ont été les plus ardents. Il est admis que le prodigue a capacité pour se marier sans l'assistance de son conseil. Dès lors, la question est pour nous résolue : que le prodigue se marie et, en l'absence de contrat de mariage, il se trouvera placé, par le mécanisme déjà décrit, sous l'empire de la communauté légale. Avec la notion courante d'effet légal, il en est de même. Mais la théorie du contrat tacite est susceptible de conduire à des résultats différents. Si la communauté de droit commun est engendrée par un contrat de mariage tacite, il faut, avant de soumettre le prodigue à ce régime, considérer sa capacité de conclure un tel contrat. Or, du moins dans un parti de la doctrine classique, on soutient que la capacité du prodigue doit, en l'espèce, être appréciée d'après le contenu des conventions matrimoniales expresses ou tacites, eu égard aux aliénations qu'elles peuvent entraîner à l'encontre des articles 499 et 513 (ici perce, une fois de plus, l'influence des modes d'acquérir sur la conception traditionnelle des régimes matrimoniaux). S'il en est ainsi, la communauté de meubles et d'acquêts ne peut pas être le régime légal du prodigue, parce que cela impliquerait que l'incapable pût aliéner, sans l'assistance de son conseil, l'universalité de son mobilier. Dans ce système, on fait prévaloir intégralement les articles 499 et 513 sur un texte aussi formel d'apparence que l'article 1400. Mais il ne suffit pas de repousser la communauté légale, il importe de la remplacer. Quel va être le régime légal du prodigue? La séparation de biens, affirme Demolombe — seul logique dans l'erreur — car, sous aucun autre régime, les deux époux ne conservent la propriété, la jouissance et l'administration de leurs biens ⁽¹²⁷⁾. La communauté réduite

(127) Demolombe, III, n° 22, et VIII, n° 740. — Cette solution a été admise

aux acquêts, déclare Bertauld, parce que, se bornant à paralyser l'aliénation mobilière prohibée, elle fait subir au régime légal le minimum de modifications ⁽¹²⁸⁾. Solution arbitraire, réplique Vidal; et de proposer, à son tour, le régime exclusif de communauté, sous prétexte que le vœu de la loi est que tous les biens de la femme soient affectés en jouissance aux charges du ménage ⁽¹²⁹⁾. Ces fantaisies doctrinales n'ont pas déteint sur la Cour de cassation : elle paraît tenir pour constant que la communauté légale s'impose au prodigue marié sans contrat ⁽¹³⁰⁾. La confusion s'épaissit quand on passe du régime légal aux régimes conventionnels. La trop fameuse maxime « *Habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia* », exhumée de l'ancien droit par Troplong ⁽¹³¹⁾, avait au moins le mérite de la simplicité, puisqu'elle résolvait uniformément le problème dans le sens de l'entière capacité du prodigue ⁽¹³²⁾. Mais la doctrine ne s'en est pas engouée.

par un arrêt de la Cour d'appel de Caen, l'arrêt Vasselin, du 10 mars 1839, S., 39. 2. 275; et elle seule permet d'expliquer un jugement, moins explicite, rendu par le Tribunal civil de Bruxelles le 20 juillet 1910, S., 11. 4. 23.

(128) Bertauld, *op. cit.*, I, nos 620-624.

(129) Vidal, *Etudes sur les moyens organisés par la loi et la jurisprudence pour protéger les fiancés contre leurs fraudes réciproques*, p. 103-109.

(130) Req., 10 mai 1898, S., 99. 1. 433, note Esmein, D., 98. 1. 388. — Comp. Caen, 20 mars 1878, S., 78. 2. 105, et les arrêts cités p. 570, note 147. — En ce sens : Laurent, XXI, n° 41; Colmet de Santerre sur Demante, VI, 15 bis XIV; Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, I, n° 157; Van de Vorst, *Rev. pratique du notariat belge*, 1929, p. 33 et suiv., 65 et suiv.

(131) Troplong, I, nos 99 et suiv. et 297. — Comp. plus récemment, Lambert, note *Pand. franç.*, 1897. 2. 33.

(132) On fait, d'ordinaire, grand état ici de l'évolution célèbre par laquelle la Cour de cassation, après avoir sanctionné la maxime *Habilis*, etc., sous l'influence de Troplong dans l'arrêt Rivarès (Civ., 24 déc. 1856, S., 57. 1. 246), puis dans le premier arrêt Brunet-Niclotte (Civ., 5 juin 1889, S., 89. 1. 413, D., 91. 1. 449, note critique de M. de Loynes), finit, devant la résistance des cours d'appel, par consacrer la solution contraire dans l'arrêt solennel Brunet-Niclotte (Ch. réunies, 21 juin 1892, S., 94. 1. 449, note Bufnoir, D., 92. 1. 369). Mais nous croyons que cette jurisprudence

Suivant son idée favorite, elle a préféré appliquer aux conventions matrimoniales les articles 499 et 513 ⁽¹³³⁾. Qui plus est, elle ne s'est pas arrêtée là. Il lui a semblé rationnel que le prodigue, capable de se soumettre, sans l'intervention de son conseil, à la communauté légale à défaut de contrat, eût capacité pour stipuler seul ce même type de communauté et, *a fortiori*, un autre régime comportant des aliénations moins étendues : « Qui peut le plus, peut le moins. » ⁽¹³⁴⁾. Ainsi s'est élaboré un système complexe, qui a visiblement l'adhésion de l'Ecole scientifique ⁽¹³⁵⁾. Nous le résumons d'après MM. Planiol, Ripert et Nast. Les personnes pourvues d'un conseil judiciaire peuvent bien faire seules un contrat de mariage pour adopter la communauté légale ou un régime entraînant une aliénation moins étendue (régime dotal, séparation de biens, régime sans communauté, communauté d'acquêts), ou même pour passer des conventions qui sont de l'essence de la communauté (ainsi consentir une clause de préciput au profit de la femme pour le cas de survie) ⁽¹³⁶⁾. Mais il leur faut l'assistance du conseil si les conventions matrimoniales confèrent à l'autre époux des avantages plus étendus que ceux qui résultent de la communauté légale (communauté universelle, ameublement, partage inégal). Nous ne saurions accepter un

doit être écartée du débat. En effet, tous les arrêts cités sont relatifs à des donations; et, malgré les formules générales émises au cours de ce que l'on pourrait appeler les travaux préparatoires des arrêts, il n'est pas sûr du tout que, pour des conventions matrimoniales proprement dites, la Cour suprême eût statué aussi catégoriquement dans le sens de l'incapacité.

(133) Colmet de Santerre sur Demante, VI, n° 15 bis XIII.

(134) Aubry et Rau, VII, § 502, texte et note 10 bis; Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, I, n° 157.

(135) Planiol, *Traité élémentaire*, III, n° 792-793; Colin et Capitant, *Cours élémentaire*, III, p. 37-38; Planiol, Ripert et Nast, I, n° 49; Josserand, III, n° 378.

(136) Comp. en ce sens, pour les clauses de reprise d'apport franc et quitte et de préciput (Paris, 13 juill. 1895, D., 96. 2. 302).

tel système. Ce que nous lui reprocherons d'abord, c'est son empirisme : selon quel critère, par exemple, déterminer les clauses qui sont ou non de l'essence de la communauté? Par un détour, on restaure la jurisprudence d'équité des Parlements, contrairement aux principes de notre organisation judiciaire. Mais il y a lieu à un reproche plus grave encore. Le système ne parvient pas à se soustraire à la hantise des modes d'acquérir, il ramène les régimes matrimoniaux à des transferts de droits réels, comme si le point de vue de l'obligation n'avait pas ici, pour le moins, autant d'importance. L'erreur de ce système, c'est de n'envisager les régimes matrimoniaux que du dedans, de ne voir que leur contenu, et de négliger le mécanisme générateur par lequel ils reçoivent impulsion du dehors en conformité de leur nature juridique. Pour nous, la nature juridique du régime matrimonial domine toute la question; et il conviendrait de se demander ce que sont les conventions matrimoniales avant de décider si le prodigue en peut consentir. Nous avons déjà émis l'opinion que le contrat de mariage, ouvrant la période constitutive de la société conjugale, a indiscutablement le caractère technique d'un acte de société. La difficulté se réduit donc à ceci : le prodigue est-il capable de participer à un acte de société sans l'assistance de son conseil? Commençons par relever — tant cela met en évidence la fausse position de la doctrine — que, dans la capacité de constituer une société quelconque, c'est la capacité de s'obliger que l'on considère essentiellement, non la capacité d'aliéner⁽¹³⁷⁾. Cela étant posé — et abstraction faite des sociétés commerciales, où l'incapacité générale de faire le commerce est susceptible de masquer l'incapacité spéciale de devenir associé⁽¹³⁸⁾ —

(137) Dalloz, *Répertoire pratique*, V^o Société, n^o 382. — Comp. Vavas seur (7^e éd.), I, n^o 345; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Société*, n^o 48.

(138) C'est en confondant cette incapacité spéciale avec cette incapacité

il est admis que le prodigue ne peut intervenir, sans assistance, dans la constitution d'une société civile ⁽¹³⁹⁾. Cette solution du droit commun nous dicte notre conclusion : pour passer valablement des conventions matrimoniales, quel qu'en soit le contenu, même si elles n'ont d'autre objet que l'adoption pure et simple de la communauté légale, l'individu pourvu d'un conseil judiciaire a besoin de l'assistance de ce conseil.

Le problème ne s'énonce pas en termes très différents pour l'hypothèse de l'interdiction. Le condamné en état d'interdiction légale a capacité pour se marier; une théorie répandue reconnaît au dément frappé d'interdiction judiciaire égale capacité dans ses intervalles lucides : en aucun des deux cas, l'intervention du tuteur n'est requise. Ainsi l'acte de mariage, émanant valablement de l'interdit, déclenche le mécanisme par lequel la loi fait apparaître la communauté légale. C'est là, d'ailleurs, un résultat inexplicable dans le système de la convention tacite : comment pourrait-il y avoir consentement tacite, alors qu'il y a incapacité absolue? ⁽¹⁴⁰⁾. En ce qui concerne le contrat de mariage de l'interdit, on s'accorde aujourd'hui à repousser la maxime « *Habilis ad nuptias*, etc. » ⁽¹⁴¹⁾; mais les solutions positives sont plus hésitantes. La doctrine semble, toutefois, assez favorable à une extension du système proposé pour le prodigue : l'interdit serait capable de consentir seul toutes les con-

générale que l'on a parfois, sous l'angle des sociétés de commerce, dénié au prodigue la possibilité d'entrer en société même avec l'assistance de son conseil : Laurent, V, n° 351; Houpin et Bosvieux, I, n° 65. — Comp. Cass. civ., 3 déc. 1850, D., 51. 1. 42; Trib. civ., Seine, 22 juin 1893, *Pand. franç.*, 1894. 2. 51.

(139) Baudry et Wahl, *Société*, n° 62. — Comp. Dalloz, *loc. cit.*, n° 383.

(140) Lecouffe, *op. cit.*, p. 78. — Comp. Laurent, XXI, n° 18.

(141) En ce sens, Aubry et Rau, VII, § 502, texte et note 14; Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, I, nos 158-159; et les auteurs cités *infra*, notes 142 et 143. — *Contra* Troplong, I, nos 99 et suiv.

ventions matrimoniales comportant, de sa part, des sacrifices équivalents ou inférieurs à ceux qui résulteraient pour lui de la communauté légale; au delà de cette limite, tout en continuant à figurer personnellement au contrat, il devrait être assisté de son tuteur, et même, si les conventions entraînaient des aliénations d'immeubles, l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal lui seraient nécessaires ⁽¹⁴²⁾. Sans revenir sur ce que présente d'erroné pareille décomposition du contrat de mariage en transferts de droits réels, il suffit de relever que la conception ainsi mise en avant apporte un bouleversement inadmissible au principe de l'incapacité générale de l'interdit ⁽¹⁴³⁾. Selon nous, la solution du problème ne saurait être rationnellement qu'une déduction de ce principe, considéré dans son application à la constitution des sociétés ordinaires. C'est pourquoi, en harmonie avec le droit commun des sociétés ⁽¹⁴⁴⁾, nous déciderons que l'interdit est absolument incapable de consentir par lui-même des conventions matrimoniales, quel qu'en soit le contenu, et doit toujours, dans ces conventions, être représenté (et non pas simplement assisté) par son tuteur ⁽¹⁴⁵⁾.

II. — Nullités.

Deux points, en la matière, ont donné lieu à controverse, l'un et l'autre relatifs aux régimes conventionnels. On ne peut se dispenser ici de les examiner successive-

(142) Planiol, Ripert et Nast, I, n° 50; Colin et Capitant, III, p. 39.

(143) Comp. Jossierand, III, n° 379.

(144) Dalloz, *loc. cit.*, n° 383; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *op. cit.*, n° 61; Houpin et Bosvieux, I, n° 64; Vavasseur, 7^e éd., I, n° 345.

(145) Par analogie avec la matière des sociétés (Baudry-Lacantinerie et Wahl, n° 61), on peut même se demander si, dans tous les cas, le tuteur ne doit pas être muni d'une autorisation du conseil de famille, homologuée par le tribunal.

ment, tant leur importance est grande touchant le mécanisme générateur de ces régimes ⁽¹⁴⁶⁾.

Le premier point est celui-ci : quelles sont les conséquences légales de l'annulation d'un contrat de mariage ? Notre droit positif répond que les époux sont censés n'avoir jamais fait de contrat et se trouvent, par suite, placés inéluctablement sous l'empire de la communauté légale ⁽¹⁴⁷⁾. Résultat compréhensible pour nous : le moule contractuel s'évanouissant, la société conjugale, mise en mouvement par la loi sous l'impulsion d'un acte de mariage valable, reprend sa forme originelle, légalement pré-constituée. Résultat incompréhensible pour les partisans du contrat tacite : comment prétendre que les futurs ont tacitement stipulé une communauté qu'ils ont eu soin d'écarter expressément ? Bien plus, si l'on suppose que le contrat de mariage est annulé pour cause d'incapacité, comment admettre qu'une volonté, qui vient d'être reconnue incapable d'adopter expressément un régime matrimonial quelconque, même le plus avantageux, soit réputée capable d'adopter tacitement la communauté de meubles et d'acquêts, régime captieux au premier chef ? La contradiction a paru tellement forte que des auteurs, pour la résoudre, en sont arrivés hardiment à corriger la loi dans l'article 1400 : la communauté légale cesserait de s'appliquer, « à défaut de contrat », dans l'hypothèse où

(146) Parallèlement aux incapacités, nous aurions pu traiter des vices du consentement en matière de régime matrimonial. Mais la question n'offre pas de difficulté sérieuse, qui mette en cause le mécanisme générateur de la société conjugale. Tout au plus faudrait-il citer le paradoxe par lequel Vidal (*op. cit.*, p. 159), exaspérant la théorie du contrat tacite, avait soutenu qu'une action en nullité pour vices du consentement, par exemple pour dol ou violence, pourrait être dirigée contre le régime légal lui-même, c'est-à-dire contre l'absence de contrat. La hardiesse du système semble avoir effrayé les contractualistes les plus résolus (Baudry-Lacantinerie, *Le Courtois et Surville*, I, n° 209).

(147) Cass. civ., 15 nov. 1888, S., 39. 1. 385; D., 38. 1. 439, Req., 16 juin 1879, S., 80. 1. 166; D., 80. 1. 415.

il s'agirait d'un contrat de mariage annulé pour incapacité; les conjoints seraient alors soumis au régime de séparation de biens ou, d'après une autre opinion, à la communauté d'acquêts ou encore, suivant une dernière variante, à l'exclusion de communauté ⁽¹⁴⁸⁾. Pour nous, la question est vidée : si notre droit positif est inconciliable avec la théorie de la convention tacite, c'est que cette théorie est mauvaise, tout simplement.

Plus épineux apparaît le second point que voici : existe-t-il, en matière de contrat de mariage, des nullités relatives? De prime abord, on ne voit pas comment l'affirmative pourrait être mise en doute : serait-il concevable que les nullités, résultant de l'incapacité des parties ou des vices du consentement, pussent avoir, dans les conventions matrimoniales, une portée plus grave que dans les autres conventions? Pourtant, une jurisprudence très nette, inaugurée par un célèbre arrêt de la Cour de cassation, l'arrêt Pelet du 5 mars 1855 ⁽¹⁴⁹⁾, et renforcée par l'arrêt Bourde de la Rogerie du 16 juin 1879 ⁽¹⁵⁰⁾, proclame que toutes les nullités, en matière de contrat de mariage, sont des nullités absolues. Une importante fraction de la doctrine, plus encore dans l'Ecole scientifique ⁽¹⁵¹⁾ que dans l'Ecole de l'Exégèse ⁽¹⁵²⁾, se rallie à cette jurisprudence. Quel est le motif d'une aussi extraordinaire confusion entre la notion de nullité absolue et la notion de nullité relative? Mettons tout de suite hors de cause l'im-

(148) V. rapportés plus haut, p. 564-565, les systèmes respectifs de Demolombe, Bertauld et Vidal.

(149) Civ., 5 mars 1855, S., 55. 1. 348; D. 55. 1. 101. — Comp. civ., 19 juin 1872, S., 72. 1. 281, D., 72. 1. 346.

(150) Req., 16 juin 1879, S., 80. 1. 166, D., 80. 1. 415. — Comp. Trib. civ. Quimper, 23 nov. 1912, S., 1912. 2. 257.

(151) Planiol, *Traité élémentaire*, III, n° 839; Japiot, note sous Quimper, S., 1912. 2. 257; Planiol, Ripert et Nast, I, nos 97-98; Josserand, III, n° 396.

(152) Bertauld, *op. cit.*, I, nos 598 et suiv.; Guillaouard, I, nos 316-317. — Aubry et Rau (VII, § 502, texte et note 30) et Laurent (XXI, n° 35) adoptent un système bâtard : la nullité serait relative dans les rapports entre époux, et absolue dans les rapports de l'époux incapable avec les tiers.

mutabilité des conventions matrimoniales : du moment que la nullité, qu'elle soit relative ou absolue, rétroagit une fois prononcée, le principe de l'immutabilité ne saurait, en aucun cas, être atteint ⁽¹⁵³⁾. En réalité, le grand argument de la Cour suprême est tiré de la nature juridique particulière du contrat de mariage. Développé par Bertauld, cet argument, dont le style nous est déjà familier, fait aujourd'hui le fond de toutes les explications doctrinales. Le voici, tel que M. Josserand le résume : « (Le contrat de mariage) n'est pas un contrat comme les autres : d'une part, il intéresse les tiers plus qu'un contrat ordinaire; d'autre part, les effets en sont échelonnés sur une longue période; il institue un régime, un *modus vivendi*, un statut. Il ne faut pas que le sort de ce statut demeure en suspens pendant toute la durée du mariage; un contrat-règlement, pourvu d'un large domaine d'application, dans le temps et dans l'espace, qui fait la loi des époux et celle des tiers, doit être définitivement obligatoire ou absolument inefficace; une nullité relative et, par conséquent, facultative, jetterait le trouble non seulement dans l'association conjugale, mais dans la communauté sociale; et l'on comprend donc que notre jurisprudence, s'inspirant de la souplesse qui caractérise la théorie des nullités, considère comme absolues, et par conséquent comme définitives, comme irrémédiables, toutes les nullités dont les contrats de mariage peuvent se trouver entachés : elle fait ainsi régner la certitude là où l'application du droit commun des nullités jetterait le trouble. » ⁽¹⁵⁴⁾. Pour ceux qui admettent, comme nous, que les conventions matrimoniales constituent les statuts d'une société-organisme, l'argument ainsi présenté ne saurait manquer d'avoir un grand poids. Après avoir affirmé l'in-

(153) Comp. Japiot, *loc. cit.*, p. 258, col. 3.

(154) Josserand, III, n° 396.

compatibilité d'un contrat de mariage conditionnel, embrumé de doute, avec la nature organique de la société conjugale, n'est-il pas logique, maintenant, de soutenir que la nullité relative, agissant comme une condition potestative génératrice d'incertitude, est en irréductible antinomie avec l'essence de cette société-organisme ? La déduction paraît d'autant plus inévitable que, parmi les partisans de la nullité absolue, il en est qui invoquent formellement l'analogie du droit des sociétés. « La distinction des nullités absolues et des nullités relatives, déclarent, par exemple, MM. Planiol, Ripert et Nast ⁽¹⁵⁵⁾, n'a été nulle part consacrée par la loi avec la rigidité que la doctrine lui reconnaît, et l'on trouverait, notamment dans le droit des sociétés, la preuve que la loi elle-même n'y a pas attaché la valeur d'un principe absolu et que le législateur sait l'assouplir au contact des nécessités de la vie sociale. Il semble bien résulter de la théorie légale des nullités en matière de sociétés que, chaque fois qu'il s'agit d'un contrat qui produit des effets *erga omnes* et dont les effets doivent se prolonger, d'un contrat qui établit un statut, il y a lieu de prendre en considération l'intérêt des tiers et d'admettre une sorte de pénétration des deux sortes de nullité. Or, le contrat de mariage présente avec le contrat de société cette analogie qu'il produit ses effets à l'égard des tiers et que, pendant un temps plus ou moins long, il est la charte qui détermine les conséquences juridiques des actes passés par les époux avec eux. Il ne faut pas que les droits des tiers demeurent en suspens jusqu'à la dissolution du mariage, ou au moins jusqu'au moment où l'époux qui a contracté en état de minorité se prévaut de la nullité ou au contraire consolidera par une confirmation les conventions matrimoniales. Le but même du contrat de mariage et son caractère pro-

(155) Planiol, Ripert et Nast, I, n° 98.

pre semblent s'opposer à l'application à ce contrat de la théorie de la nullité relative. » Comment ne pas croire que, par une pente invincible, les notions de société et de personnalité morale, dans lesquelles nous avons condensé la nature juridique du régime matrimonial, nous entraînent vers l'idée de nullité absolue ? Et cependant, ce serait une erreur de le croire : tout en maintenant au contrat de mariage son caractère technique d'acte de société, nous estimons, à l'encontre de la jurisprudence, que les nullités qui frappent ce contrat du fait d'une incapacité ou d'un vice du consentement ne sont, et ne peuvent être, que des nullités relatives⁽¹⁵⁶⁾. Que l'on ne nous taxe pas de contradiction : ce qui est contradictoire, c'est de raisonner quatre-vingt-dix-neuf fois sur cent comme si le régime matrimonial ne constituait pas une société personnifiée pour en arriver, la centième fois, à puiser au hasard, dans le droit commun des sociétés-organismes, une analogie mal étudiée. Car c'est une analogie mal étudiée que nous proposent MM. Planiol, Ripert et Nast, une analogie qui, malgré son illusoire technicité, se ressent par trop du vague où la doctrine a longtemps laissé la notion de société conjugale. Pour donner au rapprochement esquissé une précision rigoureusement technique, *il faudrait* — et les savants auteurs ne le font point — *se demander préalablement si les nullités motivées par des incapacités ou par des vices du consentement sont ou non, en matière de sociétés ordinaires, des nullités relatives. Or, il suffit d'ouvrir un répertoire du Droit positif*⁽¹⁵⁷⁾ *pour voir que l'affirmative est incontestée aussi bien en jurisprudence*⁽¹⁵⁸⁾ *qu'en doctrine*⁽¹⁵⁹⁾. C'est donc que la

(156) En ce sens, Colin et Capitant, III, p. 41; Bonnecase, *Supplément au Traité de Baudry-Lacantinerie*, III, nos 20-22.

(157) V. par exemple Dalloz, *Répertoire pratique*, v^o Société, n^o 562.

(158) Lyon, 6 juin 1843, S., 46. 2. 374; Trib. com. Seine, 18 déc. 1907, *Journal des sociétés*, 1908, p. 278.

(159) V. par exemple Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Société*, n^o 81; Hédarmard, *Nullités de sociétés et sociétés de fait*, n^o 80.

notion de nullité relative est, en soi, parfaitement conciliable avec la nature organique de la société. Et l'on s'imaginerait à tort que pareille solution n'a pas été mûrement réfléchie : les spécialistes du Droit des sociétés ont très bien aperçu, en matière de sociétés ordinaires, l'objection que la jurisprudence a soulevée en matière de société conjugale, à savoir que la faculté d'option réservée à l'associé incapable prolongerait, au détriment des coassociés et des tiers, une incertitude gênante. Mais personne n'a pensé que cet inconvénient pratique fût de taille à justifier la méconnaissance complète d'un texte aussi formel que l'article 1125. A un inconvénient pratique, on a cherché sagement des remèdes empiriques : nombre de bons auteurs ont été d'avis de concéder aux intéressés, spécialement aux coassociés, une action provocatoire, ou, plus exactement, interrogatoire, tendant à mettre l'associé incapable (ou dont le consentement a été vicié) en demeure de choisir entre la nullité et le maintien de la société litigieuse ⁽¹⁶⁰⁾. Mais, loin de contredire l'idée de nullité relative, une telle solution l'implique; et l'on doit ajouter qu'elle repose si peu sur la nature originale de l'acte de société qu'elle n'est que l'application particulière d'un système général avancé par Demolombe, système admettant l'action interrogatoire dans toutes les hypothèses de nullité relative, quelle que soit l'espèce de convention annulable ⁽¹⁶¹⁾. C'est là, au surplus, une opinion purement doctrinale, car les actions provocatoires et interrogatoires n'ont jamais été reçues dans notre pro-

(160) Bravard-Veyrières et Demangeat, I, p. 159-160; Lyon-Caen et Renault, II, n° 81; Guillouard, *Société*, n° 41; Thaller et Pic, I, n° 406; Houpin et Bosvieux, I, n° 74; Max Richier, *Régime des sociétés nulles à raison de leur objet ou du consentement des parties*, thèse Paris, 1910, p. 69. — L'exercice de cette action est subordonné à deux conditions : 1° que les coassociés soient de bonne foi; 2° que l'erreur ait été découverte, que la violence ou l'incapacité ait cessé.

(161) Demolombe, IV, n° 346.

cédure positive⁽¹⁶²⁾. *A quoi se ramène, dès lors, en matière de sociétés ordinaires, l'état actuel de la législation touchant les nullités pour incapacités ou vices du consentement ? A l'application intégrale de la réglementation des nullités relatives*⁽¹⁶³⁾. *On ne s'expliquerait pas, dans notre conception de la nature juridique du régime matrimonial, qu'il pût en être autrement en matière de société conjugale.* MM. Planiol, Ripert et Nast ont été induits en erreur par certaines nullités, qui se rencontrent dans le Droit des sociétés commerciales (L. 24 juill. 1867, art. 7, 41, 56) et qui présentent une physionomie un peu hybride⁽¹⁶⁴⁾. Ils ne remarquent pas que ces nullités, sanctionnant les formalités de constitution, sont tout à fait étrangères à la question de l'intégrité du consentement ou de la capacité. Ils croient y voir des nullités originellement relatives, que la loi renforcerait ici en nullités absolues, à raison de la nature d'organisme de la société. Non. Le caractère absolu d'une nullité est lié à un certain nombre de signes diacritiques cumulativement exigibles : concession de l'action en nullité à tous les intéressés, impossibilité d'une confirmation ou d'une prescription, anéantissement de tous les effets de l'acte annulé. Qu'un seul de ces éléments vienne à manquer, et l'on retombe dans la notion de nullité relative⁽¹⁶⁵⁾. Ainsi, à l'inverse de ce que MM. Planiol, Ripert et Nast se figurent, les nullités auxquelles ils font allusion sont des nullités que l'on aurait conçues rationnellement, eu égard à la gravité des imperfections qu'elles sanctionnent, comme des nullités absolues, mais que la loi a fait dégénérer en nullités relatives⁽¹⁶⁶⁾ à raison même de la nature orga-

(162) V. par exemple, Req., 7 août 1871, S., 71. 1. 221. Comp. Japiot, *Traité élémentaire de procédure*, n° 68.

(163) Comp. Baudry-Lacantinerie et Wahl, n° 81.

(164) Comp. Lacour et Bouteron, I, n°s 492 et suiv.

(165) En ce sens, Bonnecase, *Supplément au Traité de Baudry-Lacantinerie*, III, n° 108.

(166) En ce sens, Bonnecase, *loc. cit.* — Comp. par exemple Req., 27 avril 1931, S., 1931. 1. 247.

nique de la société. Notre argumentation aboutit donc à un retournement complet de l'assertion des trois civilistes : *c'est la nullité relative qui se concilie le mieux avec la notion de société-organisme*. La situation n'est pas comparable à celle qui résulterait d'une société sous condition. L'acte de société conditionnel introduirait, dans l'existence de l'organisme, un doute machiné à l'avance par les parties; et certainement la liberté des statuts ne va pas jusque-là. Au contraire, dans le cas de nullité, le doute, qui affecte la vie de la société, résulte des défectuosités congénitales de l'organisme. Soit en restreignant le nombre des personnes qui peuvent demander l'annulation, soit en ouvrant la porte à une confirmation ou à la prescription, la nullité relative donne à l'organisme mal conformé une chance de guérir et de vivre. Cette chance, la nullité absolue la retranche brutalement. On dit qu'elle offre par là l'avantage de couper court à l'intolérable incertitude qui plane sur l'existence de la société. Certes, mais quel singulier avantage ! autant vaudrait souhaiter la mort du malade pour couper court à l'incertitude de la maladie. Si la société est un organisme vivant, les statuts, qui en constituent la forme, postulent l'application d'un système de nullités relatives. Cette donnée, dont notre droit positif tient manifestement compte en matière de sociétés ordinaires (où les nullités absolues sont, en somme, l'exception), s'impose tout naturellement à l'interprète en matière de société conjugale. Seule, la notion de nullité relative laisse à la société conjugale l'espoir de subsister et de se consolider dans le cadre choisi par les futurs époux. La nullité absolue, sous couleur de dissiper l'incertitude, recourt aux moyens désespérés, et réduit à une précarité extrême la vie de l'organisme matrimonial. De la sorte, la solution jurisprudentielle, fautive sur le terrain des principes, se révèle désastreuse dans ses conséquences pratiques. MM. Colin et

Capitant en ont, d'ailleurs, fourni une démonstration décisive, à laquelle nous ne pouvons mieux faire que de renvoyer ⁽¹⁶⁷⁾.

De notre proposition fondamentale touchant le mécanisme générateur du régime matrimonial, jaillissent ainsi, à travers la théorie des incapacités et des nullités, maintes déductions, dont le cours imprévu déroute la vieille notion du contrat tacite au même titre que la notion banale de l'effet légal. Le résultat va s'accroître encore au paragraphe suivant.

§ 3. — *Le régime matrimonial en Droit international privé.*

De toutes les difficultés de Droit international privé auxquelles le régime matrimonial peut donner lieu, il en est une qui, depuis longtemps, monopolise l'attention : à savoir la recherche de la loi compétente pour déterminer le régime légal à défaut de contrat. La prédominance de cette difficulté ne s'explique pas seulement par sa grande importance pratique; elle tient aussi au cadre traditionnel que constitue la controverse entre convention tacite et effet légal. Ayant refusé de nous lier à un tel cadre, nous n'en sommes que plus à l'aise, maintenant, pour penser que le conflit des lois relatives au régime légal n'est qu'un fragment détaché d'une question infiniment plus générale. C'est pourquoi, après avoir rappelé la position de la doctrine et de la jurisprudence sur le problème spécial qui a exercé le meilleur de leur sagacité, nous n'hésiterons pas à proposer une solution générale, susceptible d'embrasser l'ensemble des difficultés dont le régime matrimonial peut être le centre dans les rapports de Droit international privé. Nous regretterons seulement que la matière ainsi découverte soit trop océanique pour être parcourue autrement qu'en raccourci.

(167) Colin et Capitant, III, p. 41 et suiv.

I. — Position du problème en doctrine et en jurisprudence.

A. — LA DOCTRINE ET LE DILEMME OU ELLE S'ENFERME

Quelle est la loi compétente pour fixer, en l'absence de contrat de mariage, le régime matrimonial des Français mariés à l'étranger ou des étrangers mariés en France? En face de cette interrogation, la doctrine — projetant en Droit international l'alternative plus abstraite posée en Droit interne : contrat tacite-effet légal — s'est toujours enfermée dans un dilemme; mais le dilemme n'a pas toujours été le même au cours des temps.

Dans l'ancien Droit, si Dumoulin rattache la communauté coutumière à l'autonomie de la volonté, il ne tire pas de ce rattachement les conséquences qui paraîtraient aujourd'hui logiques quant au conflit des lois : il ne conclut pas à l'application de la loi tacitement choisie par les parties. En ramenant le régime légal à une convention tacite, il n'a d'autre but que d'en faire un statut personnel, soumis inéluctablement à la loi du domicile. L'autonomie de la volonté a pour rôle principal de donner une base théorique à la solution positive dégagée; sur le terrain pratique, son intervention n'est que très subsidiaire, limitée à la détermination de l'intention des parties dans le choix d'un domicile matrimonial : *domicilium habitationis quod erat destinatum tempore contractus* ⁽¹⁶⁸⁾. Ainsi, à l'opposé d'une théorie de l'effet légal qui, chez B. d'Argentré et ses continuateurs, s'identifie, au point de vue du conflit des coutumes, avec la *lex rei sitæ*, la théorie du contrat tacite, sous la plume de Dumoulin et des molinistes, fait corps avec la *lex domicilii*. Il est certain que pareille alliance de la convention tacite et du statut personnel décelait, dans la pensée de Dumoulin, une contradiction in-

(168) Dumoulin, note sur le Consilium 100, livre III, d'Alexandre de Tartagne (*Opera omnia*, III, p. 937).

trinsèque. On pouvait songer à chasser cette contradiction par deux voies : soit en éliminant, comme une fiction inutile, la notion de contrat tacite, pour s'attacher directement au système du statut personnel; c'est le chemin où s'engagea Boullenois, qui proposait de faire dépendre la communauté coutumière de l'état et de la condition des personnes ⁽¹⁶⁹⁾, — soit en renonçant au système du statut personnel, pour développer l'idée de volonté tacite jusqu'à ses conséquences extrêmes; tel fut le procédé de Jean Voet, qui réduisait la détermination du régime légal à une simple recherche de l'intention réelle des parties d'après les circonstances de la cause, sans présomption d'aucune sorte en faveur de la loi du domicile ⁽¹⁷⁰⁾. Ce faisant, Boullenois et Jean Voet se sont révélés, chacun dans son opinion, comme des précurseurs des conceptions modernes; mais, par là même, leurs idées sont restées en marge des deux grands courants doctrinaux de l'ancien Droit.

Il est donc permis d'affirmer que, *jusqu'à l'aube du xix^e siècle, l'alternative générale contrat tacite-effet légal a eu son reflet, sur le plan du Droit interprovincial ou international, dans le dilemme particulier statut personnel-statut réel*. Une fois le Code Napoléon promulgué, on concevrait assez bien qu'il se fût produit, en doctrine, une double évolution, qui, à son terme, eût amené la théorie du contrat tacite et celle de l'effet légal à coïncider exactement sous l'angle du conflit des lois. Et voici comment : Soit par extension de l'article 3, al. 3, chez les Exégètes, soit par déduction d'un système rationnel, chez les Scientifiques, la doctrine française a reconnu, après une courte hésitation, que la loi de la nationalité devait être substituée à la loi du domicile, sous l'empire du Code civil,

(169) Boullenois, *op. cit.*, I, p. 732.

(170) Jean Voet, *Comment. ad Pandectas*, XXIII, tit. II, nos 85 et suiv.

comme loi compétente pour régir l'état et la capacité, c'est-à-dire tout ce que la terminologie consacrée faisait entrer dans le statut personnel. Il n'aurait été que logique d'adapter la solution molinéenne à ce nouveau Droit positif, en concluant du contrat tacite à la loi nationale là où Dumoulin concluait à la loi du domicile. D'autre part, vers le même temps, et pour les mêmes causes — tantôt par raisonnement exégétique, tantôt par libre recherche scientifique —, l'unanimité s'est faite pour considérer que le système de la territorialité pure, tel que le préconisait B. d'Argentré, n'était plus désormais admissible. Alors que le principe de la réalité des coutumes et des lois cessait d'être de mise, on pouvait s'attendre à ce que la théorie de l'effet légal liant la communauté aux rapports de droit personnels nés du mariage, devînt, de réaliste, personnaliste. Ainsi, les deux théories antagonistes, marchant à la rencontre l'une de l'autre, se seraient fondues dans une commune acceptation de la loi nationale. Mais, en fait, cette conjonction ne s'est pas produite. Sans doute la théorie de l'effet légal s'est-elle bien orientée dans le sens indiqué. Très tôt, elle a rompu les contacts qui la retenant au réalisme, et elle s'est attachée au système du statut personnel, — renouant de la sorte avec les conceptions de Boullenois, sous réserve de l'inévitable substitution de la loi nationale à la loi du domicile ⁽¹⁷¹⁾. Elle est même allée plus loin, influencée par l'Ecole italienne ⁽¹⁷²⁾ et par l'Ecole allemande ⁽¹⁷³⁾; et dépouillant les derniers restes de l'enveloppe statutaire, elle a trouvé sa forme définitive dans une identification directe avec la loi nationale : la théorie de l'effet légal, à l'heure actuelle, im-

(171) V. par exemple Odier, I, n^{os} 45-48.

(172) Mancini, *Clunet*, 1874, p. 294 et suiv.; Fiore, *Droit international privé*, II, n^{os} 630 et suiv.

(173) V. par exemple Von Bar, *Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts*, I, n^o 182.

plique, sur le plan du Droit international privé, que le régime matrimonial imposé à défaut de contrat, étant un effet légal du mariage, doit être déterminé, en principe, par la loi nationale du mari, seule loi compétente pour gouverner l'ensemble des effets, personnels et pécuniaires, du mariage ⁽¹⁷⁴⁾. De la *lex rei sitæ* à la loi nationale, tel a été le déroulement, non inattendu, de cette espèce de crise intérieure que la notion d'effet légal a subie, sans bruit, dans le courant du xix^e siècle. Au contraire, l'évolution que l'on aurait pu prédire, avec quelque vraisemblance, à la théorie du contrat tacite, a rapidement tourné court. Dans les premiers temps qui suivirent la promulgation du Code, il y eut comme un piétinement doctrinal. La conception molinéenne fit toujours figure de conception classique; mais la considération de la loi du domicile, qui n'avait été pour Dumoulin qu'une conséquence, prit alors, en quelque façon, une valeur principielle. Grâce à l'importance pratique qu'elle avait obtenue dans la jurisprudence de l'ancien régime, la notion de domicile hypnotisa la doctrine, au point de lui faire perdre de vue l'idée de volonté tacite, qui en avait été la source, aussi bien que l'idée de loi nationale, qui en aurait dû être l'aboutissement sous l'empire du Droit nouveau. La notion de domicile se montra d'autant plus hypnotisante qu'elle portait en elle une équivoque. Déjà, dans l'ancien droit, elle n'avait cessé de faire osciller les molinistes entre le pôle statutaire, représenté par le domicile du mari, et le pôle intentionnel, marqué par le domicile matrimonial. Au lendemain de la codification ⁽¹⁷⁵⁾, alors que l'on ne mesurait pas encore exactement l'étendue de la prédominance que la loi nationale venait d'acquérir, l'oscillation était sus-

(174) V. les auteurs cités, p. 515, notes 34, 35, 36 et 38.

(175) Qui liait, d'ailleurs, dans une certaine mesure, la nationalité au domicile (art. 17-3^e, rédaction primitive).

ceptible de se répéter : la notion de domicile, notion à double issue, tendait, tout en ménageant l'idée de volonté tacite, à ne pas séparer le régime matrimonial légal des autres effets du mariage, tendances ambiguës, dont la pensée de Fœlix est très représentative⁽¹⁷⁶⁾. C'est donc tout empêtrée dans la vieille opposition du statut personnel et du statut réel, toute dépaysée à la lumière nouvelle du Code civil, que la théorie du contrat tacite a fait sa réapparition; et il aurait peut-être suffi d'une impulsion bien légère pour la faire tomber, finalement, du côté de la loi nationale. Mais un coup de barre décisif allait être donné dans une tout autre direction. Troplong semble avoir eu, à ce tournant de la doctrine, une influence considérable, et cela de deux façons : d'abord, directement, par son *Traité du contrat de mariage*⁽¹⁷⁷⁾; ensuite, indirectement, par l'action qu'il exerça, nous le verrons, à la tête de la Cour de cassation, sur l'évolution de la jurisprudence, car — il faut le dire dès maintenant — la théorie du contrat tacite, au xix^e siècle, dans ses fluctuations doctrinales, a suivi constamment les fluctuations jurisprudentielles. Troplong jette par-dessus bord l'appareil désuet des statutaires : puisque le régime légal est un contrat tacite, il n'y a pas à se préoccuper du statut personnel plus que du statut réel; ce qui importe, c'est de reconstituer le contenu de ce contrat, c'est-à-dire la loi à laquelle les futurs époux ont entendu tacitement se référer. Certes, Troplong voit dans le domicile matrimonial l'indice où se matérialise, par excellence, l'intention des parties; mais, par là même, il dénie à la notion de domicile toute valeur principielle. Son œuvre marque donc bien une cassure dans l'histoire de la théorie : elle clôt la période du statut per-

(176) Fœlix, I, nos 33 et 90. V. d'ailleurs, I, n^o 28, sur l'équivalence que Fœlix prétend établir entre le domicile et la nationalité, — Comp. pour l'Allemagne, Savigny, *Traité de Droit romain*, VIII, § 379-3^o.

(177) Troplong, I, n^o 33.

sonnel, et ouvre la voie à une franche application de la loi d'autonomie. C'est dans la voie ainsi ouverte que se sont lancés les contractualistes postérieurs, entraînés par un nouveau progrès de la jurisprudence. Remettant en honneur les conceptions de Jean Voet, ils envisagent la détermination du régime légal comme une pure recherche de l'intention contingente des futurs, intention révélée par les particularités de la cause, sans que l'on puisse établir d'avance de présomption en faveur de la loi du domicile matrimonial ou de toute autre loi. De l'idée de contrat tacite, ils déduisent, plus logiques que Dumoulin, cette conséquence que le droit commun des contrats doit intégralement s'appliquer ici : or, d'après l'opinion classique, qui est la leur, les effets d'une convention quelconque sont gouvernés par la loi que les parties ont eue en vue dans la convention, par la loi à laquelle les circonstances indiquent que leur intention a été de se soumettre. Les dissertations célèbres de MM. Surville et de Boeck, à la fin du XIX^e siècle, représentent, en quelque sorte, la pure orthodoxie du système : selon les savants auteurs, il faut que l'autonomie de la volonté des futurs époux joue dans son absolue plénitude; un critérium préfixe risquerait de contrarier cette volonté, et entraverait la liberté du juge en une matière où tout est question de fait et d'appréciation (178). Néanmoins, il est des contractualistes qui ne se résignent point à laisser ainsi sans enseigne l'auberge de la volonté tacite. Ils posent des présomptions, mais des présomptions qui, susceptibles de céder devant des circonstances décelant une intention contraire, sont unique-

(178) Surville, *Du rôle de la volonté dans la solution des questions de Droit international privé que soulève le contrat de mariage* (Revue critique, 1888, p. 267; comp. Surville et Arthuys, *Cours élémentaire*, n° 372; Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, I, n° 75); Ch. de Boeck, note au D., 1888. 2. 265. — Dans le même sens, Enault, *Du régime matrimonial des époux mariés sans contrat en droit internat. privé*, thèse Paris, 1891.

ment destinées à guider les tribunaux dans les cas douteux. Les uns présument la préférence de la loi du domicile (179); les autres, la préférence de la loi nationale (180). Ces derniers nous donnent une image affaiblie de ce qu'aurait pu être la conception molinéenne, après substitution de la loi nationale à la loi du domicile; mais on ne doit pas oublier que, pour eux, la loi nationale vaut, le cas échéant, à titre de loi d'autonomie, non pas à titre de statut personnel. Ainsi, tandis que la théorie de l'effet légal passait de la *lex rei sitæ* à la loi nationale impérativement compétente, la théorie du contrat tacite évoluait de la *lex domicilii*, corrélative au statut personnel, vers la loi d'autonomie. L'opposition s'est donc perpétuée, quoique les termes en aient changé : *au dilemme de l'ancien Droit statut personnel-statut réel, la doctrine moderne a substitué un dilemme nouveau : autonomie de la volonté-compétence impérative de la loi nationale.*

Ayant répudié la notion courante d'effet légal aussi bien que la notion de contrat tacite, il est naturel que nous n'acceptons pas de nous enfermer dans un dilemme qui répondrait, sur le plan du droit international, au contraste des deux notions rejetées. Mais, avant de critiquer plus outre la méthode selon laquelle le problème a été posé en doctrine, nous devons nous demander si la jurisprudence s'est pliée à cette méthode : nous sommes en matière de Droit international privé, et la jurisprudence offre ici une particulière importance, car, faute de textes, c'est elle

(179) Guillouard, I, nos 336-337; Audinet, *Principes de droit internat. privé*, n° 578; Pallamary, *Des conflits de législation relatifs aux conventions matrimoniales*, thèse Paris, 1884, p. 195. — Comp. l'article 14 du Règlement de conflits de lois en matière de mariage et de divorce, adopté par l'Institut de Droit international en 1888 (session de Lausanne). V. *Revue de Droit international et de législation comparée*, 1888, p. 598-599.

(180) Laurent, *Droit civil international*, V, nos 204, 231, 240; Féraud-Giraud, *Chunet*, 1885, p. 386; Weiss, *Traité théor. et prat. de Droit internat privé*, III, p. 637 et suiv.

seule qui peut exprimer efficacement les données rationnelles et expérimentales du Droit.

B. — LA JURISPRUDENCE ET SES MOTIFS APPARENTS

Si l'on considère les motifs des diverses décisions de justice, on est bien obligé de constater que la jurisprudence se range depuis toujours, en Droit international privé, aux côtés de la théorie du contrat tacite. De l'idée de volonté tacite, les tribunaux n'ont pas, d'ailleurs, au cours des temps, uniformément tiré les mêmes conséquences : ce que nous avons dit des variations doctrinales de la théorie laisse pressentir ce qu'ont été les variations jurisprudentielles, étant précisé que celles-ci ont été la cause déterminante de celles-là. A la suite des travaux de Pillet, il est classique de distinguer trois phases dans l'évolution de notre jurisprudence contractualiste (181).

La première phase s'étend de la promulgation du Code Napoléon jusqu'à 1855. Marquée par une application intégrale de la conception molinéenne, elle est la continuation pure et simple de la vieille jurisprudence des parlements, telle que l'avait manifestée, dès 1640, le fameux arrêt Vanelli (182). Maints arrêts de cette période sont, du reste, relatifs à des mariages formés sous l'empire de l'ancien Droit (183), et plusieurs tranchent des collisions de coutumes, non des conflits de lois. C'est le cas, en particulier, des célèbres arrêts de Senneville, rendus par la Cour de cassation en 1842 et 1843 (184) : « Attendu, y lit-on, que

(181) Pillet, note au S., 96. 2. 273, et *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1909, p. 83 et suiv., et 449 et suiv. Comp. Caleb, *op. cit.*, p. 302-313, et *Répertoire de Droit internat.*, IV, v^o *Communauté conjugale*.

(182) Parlement de Paris, 29 mars 1640 (cité par Froland, *Mémoire sur la nature... des statuts*, I, p. 350 et suiv.).

(183) V. par ex. l'arrêt Dagès de la Cour d'appel de Pau, 28 août 1835 (rapporté au S., 37. 1. 437).

(184) Cass. civ., 29 juin 1842, S., 42. 1. 975, et Req., 25 janv. 1843, S., 43. 1. 247. — Comp. Cass. civ., 7 févr. 1843, S., 43. 1. 282, arrêt Cisterne.

suivant les lois, la jurisprudence et la raison, les époux sont réputés adopter la loi du domicile matrimonial, soit pour servir à interpréter les conventions matrimoniales, soit pour y suppléer au besoin. » On voit le raisonnement : *l'idée de contrat tacite justifie le rattachement du régime légal au statut personnel, et le statut personnel est déterminé par le domicile. Sur le terrain pratique, la volonté des parties n'intervient qu'avec une portée secondaire, en ce que le domicile qui est pris en considération est le domicile matrimonial, celui où les futurs époux avaient l'intention de s'établir, de façon permanente, après la célébration du mariage.* La Cour de Paris, en 1849, par l'arrêt Vve Lloyd, proclame encore la compétence exclusive de la loi du domicile et fait écho à l'idée de statut personnel ⁽¹⁸⁵⁾. Une telle attitude n'était pas exempte d'ambiguïté, à une époque où les tribunaux reculaient devant une franche extension de la loi nationale et persistaient, ainsi qu'en témoigne l'arrêt d'Hervas ⁽¹⁸⁶⁾, à faire régir certains effets personnels du mariage par la loi du domicile. Et n'était pas illogique de supposer que le régime matrimonial légal, suivant le sort du statut personnel en général, finirait, au terme de ces hésitations jurisprudentielles, par passer de la loi du domicile à la loi nationale. Mais Troplong allait donner son coup de barre, là comme en doctrine.

Une seconde phase s'ouvre, en effet, avec l'arrêt Giovannetti, qui, rendu le 11 juillet 1853 par la Chambre civile de la Cour suprême sous la présidence de Troplong, porte visiblement la griffe de l'illustre Exégète ⁽¹⁸⁷⁾. L'arrêt pose

(185) Paris, 3 août 1849, S., 49. 2. 420.

(186) Cass. civ., 17 juill. 1833, S., 33. 1. 663. Comp. l'affaire de Mac-Mahon, S., 1806. 1. 225.

(187) Cass. civ., 11 juill. 1853, S., 53. 1. 699. — Quelques cours d'appel avaient déjà manifesté ces tendances nouvelles : Paris, 15 déc. 1853 (Breul, S., 54. 2. 105); Aix, 27 nov. 1854 (Raibaldi, S., 56. 2. 222).

en principe que « le choix du régime auquel doivent être soumis les intérêts civils des époux dépend de leur volonté et de celle des personnes qui doivent les assister lorsqu'ils sont mineurs ». Sans doute, est-ce le domicile matrimonial qui matérialise cette volonté, conformément au système de Troplong, et, à cet égard, la *lex domicilii* conserve sa précellence pratique; mais elle perd sa valeur principale au profit de l'autonomie de la volonté. En 1837, par l'arrêt Fraix ⁽¹⁸⁸⁾, la Chambre civile se montre plus explicite encore, déclarant que la volonté des époux se dégage d'un ensemble de circonstances, et notamment de la fixation du domicile matrimonial. *Le domicile matrimonial est donc traité désormais comme un simple indice de l'intention souveraine des parties, et non plus comme un indice unique, mais seulement comme un indice principal, qui a besoin de trouver des adminicules dans les autres particularités de la cause.* La jurisprudence de cette période présente ainsi un caractère de transition : si elle est encore influencée par la prépondérance traditionnelle du domicile, un courant de logique l'entraîne à en secouer les derniers vestiges.

C'est aux environs de 1880 que commence la troisième phase jurisprudentielle, et, à l'heure actuelle, elle continue à se dérouler sous nos yeux. Au cours de cette phase, les motifs des diverses décisions de justice n'ont pas cessé d'épurer, selon l'expression de M. de Bœck ⁽¹⁸⁹⁾, le principe de l'autonomie de la volonté, en éliminant de plus en plus les critères préfixes dans lesquels on prétendait le comprimer, spécialement le critérium tiré du domicile. C'est donc dans un retour aux idées de Jean Voet, dans la reconnaissance d'une pleine efficacité à la volonté des parties, que s'est achevée l'évolution jurisprudentielle

(188) Cass. civ., 4 mars 1837, S., 57. 1. 247.

(189) Ch. de Bœck, note au D., 1888. 2. 268.

Innombrables, quotidiennes, venues des juridictions les plus différentes, sont les décisions où cette orientation nouvelle se réfléchit ⁽¹⁹⁰⁾. Citons seulement, parmi celles qui émanent de la Cour suprême — à côté des arrêts anciens qui ont frayé la voie, les arrêts Hutchinson, Gabary et Favier ⁽¹⁹¹⁾ — un des arrêts les plus récents qui suivent cette voie avec fidélité, l'arrêt Barneaud-Sacccone du 7 avril 1925 ⁽¹⁹²⁾. *Le principe d'où part la jurisprudence, principe conforme à la théorie du contrat tacite, c'est que le choix du régime matrimonial légal dépend entièrement de la commune volonté des époux. La conclusion où elle aboutit, c'est qu'il faut, dans chaque espèce, rechercher, d'après toutes les circonstances de fait, quelle a été ou a pu être, à ce sujet, l'intention des futurs. Les juges du fond ont qualité pour apprécier souverainement cette intention. Aucune présomption, aucun critérium, ne s'impose à eux ⁽¹⁹³⁾ : le domicile matrimonial peut être retenu, à l'occasion, comme un indice de la volonté des parties, mais il n'a pas, en soi, de valeur particulière : ce n'est qu'un élément d'appréciation entre beaucoup d'autres, qui peuvent le neutraliser. Dans ces conditions, on penserait volontiers que les solutions concrètes des tribunaux varient*

(190) V., par exemple, les nombreuses décisions citées par Caleb, *op. cit.*, p. 307, note 1. — On peut y ajouter aujourd'hui : Chambéry, 13 juin 1927, *Clunet*, 1928. 701; Trib. civ. Versailles, 19 juill. 1927, *Clunet*, 1928. 429; Trib. civ. Lot-et-Garonne, 28 déc. 1927, *Clunet*, 1930. 400; Colmar, 28 mars 1928, S., 29. 2. 17, note Niboyet; Paris, 7 juillet 1928 (*Clunet*, 1932, 373); Aix, 20 févr. 1929, *Revue de Droit internat. privé*, 1929, p. 682; Paris, 11 oct. 1929, *Clunet*, 1930. 1001.

(191) Req., 15 juill. 1885, S., 86. 1. 225, note Gabriel Demante; 18 mai 1886, S., 86. 1. 243; 9 mai 1891, S., 93. 1. 437.

(192) Req., 7 avril 1925, S., 25. 1. 117.

(193) Il faut noter, cependant, que certains arrêts (V. par ex. Caleb, *op. cit.*, p. 309-310) établissent une sorte de présomption en faveur de la loi nationale. Dans la mesure où ils concluent de l'idée de volonté tacite à l'application de la loi personnelle, ils nous donnent une réédition modernisée de la conception molinéenne. Mais on ne saurait les regarder que comme des curiosités jurisprudentielles, étrangères au courant qui entraîne actuellement l'ensemble des tribunaux.

à l'infini, étant susceptibles de reposer sur une infinité de circonstances très hétérogènes. L'option des parties, pouvant se révéler dans une variété illimitée d'indices, pourrait s'exercer sur une gamme indéfinie de lois. En un mot, il semblerait que, dans ses résultats, la jurisprudence dût être essentiellement arbitraire, imprévisible, rebelle à la systématisation. C'est bien ainsi, du reste, que s'accordent à la dépeindre ses partisans et ses adversaires, les uns pour la féliciter, les autres pour la reprendre. *Mais il est permis de se demander, d'ores et déjà, si la doctrine n'a pas été dupe des formules jurisprudentielles.* Un examen attentif des solutions positives de la jurisprudence ne donne pas du tout cette impression de chaos à laquelle les auteurs voudraient laisser croire. Bien au contraire, *un tel examen montre que les données au milieu desquelles se meut l'appréciation des tribunaux forment, malgré leur apparente hétérogénéité, des catégories en nombre fini, et qu'il n'est pas une décision jurisprudentielle qui ne puisse s'ordonner derrière l'une ou l'autre de deux idées dominantes.* La première idée, celle autour de laquelle se systématise la grande majorité des espèces jugées, c'est que la loi compétente pour gouverner le régime des biens, à défaut de contrat, se détermine d'après le territoire où les époux ont cumulativement leur domicile matrimonial et des attaches de fond sérieuses. Cette constatation est, pour nous, capitale : alors que les motifs ont changé, le dispositif est resté le même; les arrêts peuvent bien, depuis un demi-siècle, proclamer qu'il faut laisser jouer sans frein — sans présomption, sans critère, — le principe de l'autonomie de la volonté, ils continuent, de plus belle, à graviter autour du domicile matrimonial. Mieux encore, ils renforcent sa prépondérance en complétant sa notion. Dès avant 1880, la tâche avait été amorcée par une précision intérieure, en quelque sorte, de la notion de domicile matrimonial : on se livra, ainsi que le remar-

que Pillet, à une analyse très fine de ce domicile, et on le distingua de la notion ordinaire du domicile civil, en le définissant non point le lieu où les époux ont leur principal établissement, mais celui où ils entendent construire leur foyer et passer leur vie de gens mariés ⁽¹⁹⁴⁾. C'est comme le contrefort de pareille définition que se présente l'œuvre caractéristique de la troisième phase jurisprudentielle. Cette œuvre a consisté à mettre en vedette la nécessité d'un lien de fond effectif, unissant les époux au territoire de la loi prétendue compétente : il ne suffit plus désormais que les conjoints aient leur domicile matrimonial sur ce territoire; il faut encore qu'ils y déploient la majeure partie de leur activité économique ou juridique de gens mariés. On pourrait, à la rigueur, voir là une simple précision supplémentaire, apportée à la notion de domicile matrimonial et tendant à exclure la possibilité d'un domicile fictif. Mais il s'agit plutôt d'un élément indépendant, qui, tout en complétant l'élément domicile, en demeure rationnellement distinct. D'ailleurs, pour reconnaître si cette condition de fond se trouve bien réalisée en chaque cas litigieux, les tribunaux prennent en considération des circonstances de fait très variées. Tantôt ils notent la perte de l'esprit de retour, attestée, par exemple, par l'acquisition d'une sépulture dans le lieu du domicile matrimonial ⁽¹⁹⁵⁾; tantôt ils relèvent que, le mariage ayant été célébré en pays étranger selon les formes de la loi nationale, le séjour des époux à l'étranger n'avait qu'une portée accidentelle et passagère ⁽¹⁹⁶⁾. Le

(194) Pillet, *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1909, p. 431. — Comp. sur cette identification du domicile matrimonial et du foyer : Lyon, 22 déc. 1911, *Revue de Droit internat. privé*, 1912, p. 363. Trib. civ. Boulogne-sur-Mer, 19 mars 1915, *Clunet*, 1917, p. 179.

(195) V. les décisions précitées : Req., 9 mars 1891; Trib. civ. Versailles, 19 juill. 1927, et Trib. civ. Lot-et-Garonne, 28 déc. 1927.

(196) Cass. req., 16 mai 1886, D., 87. 1. 277; Paris, 11 nov. 1909, *Revue de Droit internat. privé*, 1910, p. 855; Trib. civ. Marseille, 8 mai 1913. *Revue de Droit internat. privé*, 1914, p. 583.

plus souvent, ils font état de cette circonstance que le centre des intérêts économiques conjugaux coïncide avec le lieu du domicile matrimonial, soit que les conjoints aient, en ce lieu, une exploitation commerciale, industrielle ou agricole, soit qu'ils y fassent fructifier leurs épargnes en placements immobiliers ou mobiliers ⁽¹⁹⁷⁾. Ce qui est exigé, en somme, c'est que, le domicile matrimonial étant situé sur le territoire d'une nation, le flot de revenus, où s'alimentent les charges du mariage, provienne d'une source qui participe au courant général de l'économie nationale. *On comprend maintenant en quoi la Cour suprême peut parler de question de fait : la question de fait, c'est de savoir, dans chaque espèce concrète, s'il existe bien une attache réelle entre les époux et le pays où ils ont fixé le domicile matrimonial; mais cela n'empêche pas que, dans l'esprit de la jurisprudence elle-même, la détermination du régime légal ne dépende rigoureusement d'éléments préconstitués.* M. Caleb n'est pas loin de se rendre à cette vérité, quand il écrit : « Aujourd'hui encore, de nombreuses décisions font prévaloir en fait la loi française, lorsque les époux ont des attaches très fortes en France, notion un peu élargie du domicile matrimonial. » ⁽¹⁹⁸⁾. L'aveu est précieux à enregistrer, venant d'un auteur qui n'est pas des moins ardents à reprocher à la jurisprudence de n'être qu'un chaos de solutions d'espèce. Le reproche se perpétue par la force de l'habitude, tant qu'il est maintenu dans le vague : que si l'on s'avise d'en faire une application détaillée, son inanité éclate, et l'on s'aperçoit avec étonnement que les tribunaux, en dépit de leur empirisme affecté, ont, en réalité, « dans la tête » un double critérium très précis : domi-

(197) V. déjà, dans la seconde phase, l'arrêt Breul, précité. — Pour la phase moderne, entre beaucoup d'autres exemples, voir les décisions sus-indiquées : Req., 9 mars 1891; Trib. civ. Lot-et-Garonne, 28 déc. 1927, etc.

(198) Caleb, *op. cit.*, p. 307.

cile matrimonial et attaches de fond. Il nous sera, sans doute, objecté que notre explication n'est pas valable pour tous les arrêts. Certes, et c'est pourquoi, ainsi que nous en avons averti le lecteur dès le début, nous faisons intervenir une *seconde idée*. Dans toute une série d'hypothèses, en effet, la jurisprudence se décide non pas d'après le double critérium susdit, mais d'après une considération immédiate de la volonté des époux. Entendons-nous bien : partout les tribunaux invoquent le principe de l'autonomie de la volonté; seulement ce n'est qu'invocation banale et théorique. Ici, rien de tel : il n'est plus question de déceler, par des procédés divinatoires, l'option tacite et subconsciente des parties en faveur d'un système général de législation; il s'agit simplement de donner efficacité à une volonté exprimée, consciente, directement et spécialement relative à un régime matrimonial concret. Cette volonté, bien qu'elle ne se soit pas manifestée dans des conventions matrimoniales, peut être connue grâce à des actes juridiques antérieurs ou postérieurs au mariage, qui traduisent, de la part des conjoints, la claire conviction de se marier ou d'être mariés sous un type de régime plutôt que sous un autre — étant, du reste, entendu (afin de couper court à l'argument tiré d'une éventuelle immuabilité du régime) que les actes post-nuptiaux ne sauraient valoir que comme preuve d'une conviction anté-nuptiale. Les tribunaux ont égard, par exemple, à des actes d'achat ou de vente dans lesquels la femme prend la qualité de femme séparée, à des actes successoraux où le mari se déclare commun en biens, etc. ⁽¹⁹⁹⁾. Ils se conforment ainsi aux prévisions légitimes des époux et, du même coup, ils évitent de compromettre les intérêts qui ont pu se déve-

(199) V. par exemple : Montpellier, 25 avril 1904, *Revue de Droit internat. privé*, 1906, p. 200; Alger, 2 janv. 1908, *Revue de Droit internat. privé*, 1910, p. 835; Besançon, 18 mars 1912, S., 1912. 2. 275; Paris, 11 oct. 1929, *Clunet*, 1930, 1001.

lopper à l'abri de ces prévisions. Le système est assez raisonnable; il n'en paraît pas moins en contradiction avec le système précédent, basé sur le double critérium du domicile matrimonial et des attaches de fond; et si les juges se réservent la liberté de choisir entre les deux systèmes, ils rouvrent la porte à l'incohérence, semble-t-il. Mais, en réalité, il n'y a là aucune incohérence : les deux systèmes ne se contredisent pas, parce qu'ils sont appliqués distributivement à deux catégories différentes d'hypothèses. Lorsque le lieu du domicile matrimonial concorde avec le territoire auquel les époux sont liés par une attache sérieuse, il en résulte, pour la jurisprudence, une indication inattaquable du régime légal, et une conviction divergente des parties ne saurait prévaloir contre cette indication ⁽²⁰⁰⁾. Ce n'est que lorsque le double critérium précité est en défaut — les deux éléments qu'il contient ne se trouvant pas cumulativement réunis — que les arrêts, en désespoir de cause, recourent à une considération directe des prévisions des conjoints. En pratique, ce recours n'est, d'ailleurs, nécessaire que dans des hypothèses exceptionnelles : pour des époux cosmopolites, qui passent leur vie de gens mariés dans un pays étranger où ne les attache aucun intérêt sérieux. Les solutions jurisprudentielles constituent donc un tout parfaitement cohérent : de celles qui ne trouvent pas dans notre première idée une explication suffisante, notre seconde idée permet de rendre raison, et *cette seconde idée, c'est, encore une fois, que, lorsque les circonstances ne répondent pas au double critérium posé en règle, il faut déterminer le régime légal applicable en conformité des prévisions directement et univoquement exprimées par les conjoints*. Il n'est pas douteux que, de la sorte, la juris-

(200) V. par exemple l'arrêt Favier précité, Req., 9 mars 1891, S., 93. 1. 437.

prudence moderne apparaît avec une physionomie sensiblement différente de celle que lui prête la doctrine. Ce premier résultat nous autorise à faire un pas de plus et à formuler l'interrogation suivante.

C. — LA JURISPRUDENCE N'A-T-ELLE PAS UNE SIGNIFICATION SECRETE,
QUI A ECHAPPE A LA DOCTRINE ?

Jusqu'à une époque récente, l'immense majorité de la doctrine se rangeait aux côtés des tribunaux. Actuellement, la situation est renversée, et la plupart des auteurs combattent, au nom de la loi nationale, la théorie jurisprudentielle. Mais, favorable ou hostile, la doctrine a toujours été unanime à considérer la jurisprudence comme une simple émanation de l'idée de contrat tacite. La jurisprudence, d'ailleurs, ne néglige rien pour donner créance à cette opinion, puisque toutes ses décisions contiennent une invocation rituelle de l'autonomie de la volonté. Il n'en est pas moins permis de se demander si, derrière les apparents motifs contractualistes, elle n'est pas mue, en réalité, par une tout autre pensée, pensée secrète et peut-être même inconsciente. Certes, à soutenir que la jurisprudence a des secrets, à parler du subconscient jurisprudentiel, on semble verser dans le roman. Pourtant, il est reconnu par des auteurs rassis que la jurisprudence, en matière de Droit international privé, s'est souvent servie du principe de l'autonomie de la volonté comme d'un prétexte, voire comme d'un mauvais prétexte, pour atteindre des buts qu'elle n'osait pas avouer, ni même s'avouer. C'est ainsi qu'elle s'empare, en bien des cas, de l'intention plus ou moins hésitante des parties pour s'épargner le grave souci de rechercher scientifiquement la loi compétente, ou encore pour satisfaire ses tendances nationalistes en soumettant à la loi française le plus possible de rapports de droits (201). Il n'est donc pas incon-

(201) V. par exemple Caleb, *op. cit.*, p. 169-171 et p. 358-359.

cevable que l'autonomie de la volonté des époux ne soit, pour elle, en ce qui concerne le régime matrimonial légal, qu'un moyen commode et prudent de réaliser certaines fins, dont elle perçoit intuitivement l'utilité, sans distinguer encore bien clairement le raisonnement qui y mène. Ce qui appuie cette supposition, c'est la permanence de la notion de domicile matrimonial à travers toutes les transformations de l'idée de contrat tacite. Le contrat tacite est successivement passé, dans les conceptions jurisprudentielles, du statut personnel à la pure loi d'autonomie : il n'a pas cessé, pour autant, de tourner autour du domicile matrimonial. Bien mieux, parvenu à la loi d'autonomie, il aurait dû se diversifier *in concreto*, comme les contrats ordinaires, dans une infinité de rattachements possibles : or, en fait, il ne s'est pas détaché de la loi du domicile matrimonial. Ainsi, avec des motifs qui ne sont que contingence et diversité, la jurisprudence aboutit à un dispositif immuable et nécessaire. Cela prouve bien que ces motifs sont purement apparents et dissimulent une idée directrice plus profonde, idée nécessaire et immuable. *Ce n'est pas dans une consécration du principe de l'autonomie de la volonté que réside l'essence de la théorie jurisprudentielle, c'est dans la notion de domicile matrimonial, renforcée de la manière que nous connaissons.* La doctrine ne le comprend pas : c'est pourquoi elle érige en axiome l'identification de la jurisprudence avec la thèse du contrat tacite, et elle intègre l'application de la loi du domicile matrimonial dans le droit commun des conflits de lois en matière contractuelle, par un rapprochement artificiel avec la *lex loci contractus*. Comment ne voit-elle pas que, de droit commun, selon les tribunaux eux-mêmes, il est des actes juridiques qui, loin de se prêter à une recherche de la loi compétente d'après la libre intention des parties, impliquent un rattachement exclusif et obligatoire à une loi prédéterminée? *Et comment ne*

remarque-t-elle pas, surtout, que, parmi ces actes juridiques, il en est un, l'acte de société, qui postule une particulière et suggestive prépondérance de la loi du domicile?

Mais ce n'est pas tout. Une autre raison corrobore notre conjecture : c'est que l'idée de contrat tacite est radicalement fausse et que sur un principe faux on ne saurait édifier des solutions positives acceptables, témoin l'arbitraire auquel aurait conduit, en matière d'incapacités, la thèse contractualiste, et devant lequel la jurisprudence (on l'a vu plus haut) n'a pas hésité à sacrifier cette thèse; or, les solutions positives qui résultent de la théorie jurisprudentielle sont en soi — et cela montre bien que le contrat tacite est ici un simple prétexte, non un fondement — sont en soi parfaitement acceptables, ce sont même les seules qui, dans un pays d'immigration comme la France, soient acceptables en pratique. Le système de la loi nationale a complètement échoué dans sa prétention de monopoliser les solutions positives à valeur scientifique. La jurisprudence française, vaincue un instant, mais non convaincue, par l'Union de La Haye de 1905⁽²⁰²⁾, a tenu bon dans son opposition de principe, sans se laisser impressionner par l'exemple des législations étrangères⁽²⁰³⁾, et elle n'a pas eu tort : dès 1916-1917, il a fallu dénoncer l'Union de La Haye et, à l'heure actuelle, l'avenir du système de la loi nationale apparaît, à beaucoup d'égards, comme compromis. Sur le plan supranational, le Code de Bustamante, destiné à l'Union panaméricaine, nous apporte une conciliation scientifique de l'idée d'effet légal avec l'application de la loi du domicile⁽²⁰⁴⁾. En France même,

(202) V. sur l'histoire de l'Union de La Haye, *Répertoire de Droit international*, v^o *Communauté conjugale*, n^{os} 14 et suiv.

(203) Code italien, art. 6; C. civ. espagnol, art. 1325; C. civ. portugais, art. 1107; loi d'introduction au C. civ. allemand, art. 15.

(204) Code de Bustamante (traduction Goulé), art. 7, titre préliminaire, et art. 187, al. 2, combinés.

les adversaires de la théorie jurisprudentielle sont obligés de « jeter du lest ». La Société d'études législatives est toujours favorable à la notion courante d'effet légal, mais que de chemin parcouru contre le projet de 1909, se prononçant, sous les auspices de Pillet, pour la loi nationale ⁽²⁰⁵⁾, et le projet de 1929, rapporté par M. Niboyet et concluant à la compétence de la loi du domicile ⁽²⁰⁶⁾ ! On a fini par ouvrir les yeux sur la situation, de plus en plus fréquente, de ces étrangers qui, venus en France sans fortune, s'y marient — souvent avec des Françaises. — s'y établissent, perdant tout esprit de retour, et y prospèrent, grâce à la collaboration de leurs épouses — situation-type, dont la considération semble bien avoir entraîné la jurisprudence tout entière. Il est apparu que soumettre de tels couples, francisés par le milieu ambiant, à un autre régime que notre communauté légale serait une solution injuste pour les conjoints et dangereuse pour les tiers. La loi du 10 août 1927, bien que relative à la nationalité, a eu pour résultat de donner une nouvelle force à l'observation jurisprudentielle. Elle permet (art. 8) à la Française qui épouse un immigré de conserver sa nationalité lorsque le domicile matrimonial est fixé en France. De cette disposition, M. Lerebours-Pigeonnière déduit excellemment « que la déclaration de fixation en France du domicile matrimonial vaut, jusqu'à preuve contraire, adoption par les époux de la communauté légale française, à défaut d'un contrat de mariage, parce qu'elle manifeste l'orientation du ménage vers la France » ⁽²⁰⁷⁾.

(205) Projet de loi sur le régime légal des étrangers mariés en France sans contrat (*Bulletin de la Société d'études législatives*, 1909, p. 83 et suiv., p. 449 et suiv.).

(206) Projet de loi sur le statut des Français en pays étranger et des étrangers en France, art. 20 (*Bulletin*, 1928, p. 339 et suiv., 1930, p. 108 et suiv., 142 et suiv.). Un texte à peu près identique a été voté le 10 avril 1924 par la Chambre des députés.

(207) Lerebours-Pigeonnière, *Précis de Droit international privé*, n° 358.

Nous soulignons ce langage évocateur, mais en remarquant qu'il est déjà contenu en germe dans les décisions de nos tribunaux. A dire vrai, il se trouve que notre vieille jurisprudence, sous ses dehors rétrogrades, est en avance de bien des années sur les préoccupations des systèmes modernes. Son seul défaut est d'être énigmatique : elle propose des solutions rationnelles; seulement, tout en donnant le change par une invocation spécieuse de l'autonomie de la volonté, elle cache soigneusement l'inspiration profonde qui a présidé à leur naissance. Quelle est donc cette inspiration ?

C'est à résoudre l'énigme que nous allons nous employer. Notre conception touchant le mécanisme générateur des régimes matrimoniaux nous laisse toute latitude. De ce que, selon nous, le régime légal est engendré, au même titre que les conséquences personnelles du mariage, par un effet direct de la loi sous l'impulsion de l'acte de mariage, il ne s'ensuit pas que la loi nationale soit compétente pour le gouverner, ayant compétence pour gouverner les conséquences personnelles. Si l'on s'en tenait à une logique aussi simpliste, il faudrait aller plus loin, dire que l'acte de mariage ne peut déclencher d'autre loi que celle du territoire où le mariage est célébré, et appliquer, dès lors, cette loi indistinctement à tous les effets du mariage. Qui admettrait cela ? En réalité, la loi compétente ne peut être déterminée qu'en fonction de la nature substantielle des effets envisagés. Pour les effets personnels du mariage, qui constituent, de leur nature, un aspect de l'état des personnes, la loi nationale des époux est, en principe, indiscutablement compétente. Pour les effets pécuniaires, pour le régime matrimonial légal, qui constitue, de sa nature, une société-organisme, c'est une autre considération qui intervient, à laquelle nous arrivons immédiatement.

II. — Solution proposée : La nationalité du ménage, corollaire de la nationalité des sociétés, est la clef des difficultés auxquelles donne lieu le régime matrimonial en Droit international privé.

La position que nous avons prise touchant la nature juridique du régime matrimonial comporte, sur le plan du Droit international privé, une déduction logique à laquelle il est impossible de se soustraire : puisque le régime matrimonial constitue une société investie de la personnalité morale, les règles de Droit international qui le gouvernent ne peuvent être qu'une application particulière de celles qui gouvernent, en général, les sociétés personnifiées. Or, il est une *notion fondamentale* qui, en Droit international privé, domine la théorie tout entière des sociétés personnifiées : c'est la notion de nationalité. Qu'il s'agisse d'une question de conflit des lois, aussi bien que d'une question de jouissance des droits, c'est toujours la nationalité de la société qui commande les solutions positives. Dès lors, inéluctablement, on est conduit à chercher la clef des diverses difficultés que soulève, en Droit international privé, le régime matrimonial dans une détermination préjudicielle de la nationalité de la société conjugale. C'est ainsi que, d'une façon toute naturelle, nos développements revêtiront la forme d'un diptyque : le premier volet représentera la nationalité des sociétés ordinaires, envisagée tant en elle-même que dans les conséquences qui en découlent, spécialement au point de vue du conflit des lois; le second volet, fait d'un simple miroir, reflétera le premier avec d'autres couleurs, et l'on pourra y considérer la notion capitale de la nationalité du ménage, source inépuisable d'applications.

A. — LA NATIONALITÉ DES SOCIÉTÉS ORDINAIRES, ENVISAGÉE
TANT EN ELLE-MÊME QUE DANS SES CONSÉQUENCES.

a) AFFIRMATION DE LA NATIONALITÉ DES SOCIÉTÉS.

La personne morale, tout comme la personne physique, a nécessairement une nationalité. La société, étant personne morale, a une nationalité propre. Pour qui accepte la réalité de la personnalité morale, l'existence d'une nationalité des sociétés ne saurait faire de doute. Pendant plus d'un siècle, d'ailleurs, cette conception fut indiscutée : doctrine⁽²⁰⁸⁾, jurisprudence⁽²⁰⁹⁾, législateur⁽²¹⁰⁾ s'accordaient à admettre, implicitement et même expressément, qu'il y avait une nationalité des sociétés, distincte de la nationalité des associés. Mais, depuis la guerre de 1914-1918, un véritable raz de marée critique a déferlé sur ces paisibles rivages. La notion de nationalité des sociétés s'est trouvée, subitement, en butte aux attaques les plus passionnées; et c'est devenu, aujourd'hui, une sorte de mode en doctrine que de répéter, après M. Niboyet⁽²¹¹⁾, que les sociétés n'ont pas de nationalité⁽²¹²⁾. Ce mouvement négateur semble tenir à plusieurs causes :

1° Le courant antipersonnaliste, qui s'est dessiné dès

(208) V. par exemple Lyon-Caen et Renault, II, n° 1167.

(209) V. par exemple Lille, 21 mai 1908, S., 1908. 2. 177, note Demogue.

(210) Loi de budget du 28 décembre 1895, art. 5, al. 2; loi du 22 novembre 1913, modifiant l'article 31 de la loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés; et encore en 1919, loi du 18 mars 1919 (art. 9) sur le registre du commerce.

(211) Niboyet, *Existe-t-il vraiment une nationalité des sociétés* (Revue de Droit intern. privé, 1927, p. 417 et suiv.).

(212) Comp. les conceptions plus ou moins tranchantes, de MM. Landry (Revue politique et parlementaire, 1916, p. 182); Jordan, *Les étrangers et le régime des sociétés* (Bulletin de la Société de législation comparée, 1917, p. 535); Pépy, *De la nationalité des sociétés de commerce*, thèse Paris, 1920; Hamel, note au S., 1924. 2. 25; Percerou, *Essai sur la nationalité des sociétés* (Annales de Droit commercial, 1926, p. 6); Lerebours-Pigeonnière, *op. cit.*, n° 178; Reyter, *Des sociétés en Droit international*, thèse Alger, 1930; Chauveau, note au D., 1931. 2. 9; Morel-Fatio, *La nationalité des sociétés*, thèse Paris, 1931, p. 98 et suiv.; Caleb, note *Revue de Droit intern. privé*, 1931, p. 129.

la fin du xix^e siècle, a fait son œuvre. Les Exégètes avaient commis l'erreur de traiter la personnalité morale en fiction. Leurs successeurs en ont pris prétexte pour jeter par-dessus bord l'idée de personnalité morale et, en même temps, l'idée de nationalité des personnes morales, car il est bien évident que la nationalité d'une fiction ne peut être que fictive au premier chef. Aux yeux des auteurs soi-disant réalistes, la personnalité morale étant écartée, la société se résout en un contrat, qui engendre des obligations entre un certain nombre de personnes physiques. La nationalité de la société s'évanouit, et il ne reste plus que deux problèmes très banaux : le rattachement du contrat au système juridique compétent, d'après le droit commun des conflits de lois en matière contractuelle; l'appréciation des droits dont chaque associé a la jouissance, suivant la nationalité française ou étrangère qui lui appartient individuellement.

2° La guerre et l'après-guerre ont excité chez les bel-ligérants des passions xénophobes. On s'est révolté à la pensée que des sujets ennemis pourraient « camoufler » leur activité économique derrière une société de nationalité française. De là, en matière de séquestre, toute une jurisprudence bien connue, encouragée par la célèbre circulaire du garde des Sceaux du 29 février 1916⁽²¹³⁾. De là, l'article 297 *b* du Traité de Versailles, où figure cette notion de contrôle appelée à un si grand retentissement. Nous n'avons pas à insister là-dessus, car les décisions judiciaires qui s'inspirent de telles tendances se cantonnent dans le domaine du Droit public. Il n'en est pas moins vrai que c'est cette jurisprudence de guerre qui a ébranlé la confiance de la doctrine dans la notion de nationalité des sociétés.

3° La doctrine s'est laissé impressionner par les idées

(213) Clunet, 1916, p. 701.

que la Cour de cassation a émises, le 2 février 1921, dans les arrêts solennels Colom et Kroll : les Chambres réunies ont proclamé que la nationalité relève du Droit public ⁽²¹⁴⁾. Les définitions courantes sont conformes à un tel système : la nationalité, énoncent-elles, est le lien politique qui rattache l'individu à l'Etat. En faisant de la nationalité une notion exclusivement politique, on la ferme aux personnes morales : il ne saurait être question d'appliquer à une personne morale les droits et les devoirs du citoyen. Plus romantiquement, on déclare que « la nationalité, qui suppose des liens d'affection envers une patrie, ne peut appartenir qu'à des êtres de chair et de sang » ⁽²¹⁵⁾.

Toutes ces causes expliquent, sans doute, l'apparition de la théorie négative, mais elles ne la justifient pas. Pour défendre le concept de nationalité des sociétés, se sont élevées récemment des voix éminentes ⁽²¹⁶⁾; nous ne pouvons que modestement nous y joindre. La société n'est pas un contrat, c'est, engendré d'ordinaire par un contrat, un organisme personnifié, donc un sujet de droit. Or, tout sujet de droit se rattache nécessairement à un Etat par un rapport juridique, qui est la nationalité. Peu importe que les règles de la nationalité ressortissent au Droit public comme y ressortissent, par exemple, les règles de la procédure; pas plus que celles-ci, elles ne sauraient avoir, pour autant, un caractère uniquement politique. Il est absurde de rabaisser la nationalité à une arrière-pensée de recrutement militaire : la nationalité révèle la loi de Droit privé applicable à chaque individu, et ce n'est pas là le moindre côté de la question. La notion de nationalité est

(214) Ch. réunies, 2 févr. 1921, S., 21. 1. 113, D. 21. 1. 1, note A. Colin.
— Comp. Cass., civ., 17 mars 1926, S., 26. 1. 201.

(215) Note H. R. (Henri Rousseau) au S., 26. 2. 78.

(216) Arminjon, *Les sociétés, les associations et les fondations en Droit international privé* (*Revue de Droit intern. et de législation comparée*, 1927, p. 360 et suiv.); Mazeaud, *De la nationalité des sociétés* (*Clunet*, 1928, p. 30); Bonnet, 7^{me} éd. de Vavasseur, I, nos 116 et suiv.

donc susceptible d'embrasser les personnes morales au même titre que les personnes physiques. Il ne faut même pas dire que la nationalité des sociétés est différente, dans son essence, de la nationalité des personnes physiques. Ceux qui le disent, partent de ce préjugé que la personnalité de l'homme n'est que la traduction de son individualité corporelle. Mais c'est une illusion : le Droit, en matière de nationalité comme ailleurs, prend l'homme en considération moins comme une individualité biologique que comme un centre d'intérêts individuels. La notion d'intérêt est au premier plan, ce qui explique que le *jus sanguinis*, reflet d'une conception purement biologique de la personnalité, ne règne pas sans partage. A considérer, par exemple, la loi du 10 août 1927, on constate que, concurremment avec la filiation « de chair et de sang », le lieu de naissance, le domicile, voire le siège de l'activité industrielle, agricole, intellectuelle, etc. (art. 6-2°), interviennent dans la fixation de la nationalité française. Si l'on voulait embrasser dans une formule générale les divers modes d'acquisition de la nationalité, il faudrait déclarer que la nationalité rattache chaque personne physique au territoire où se localise le faisceau principal de ses intérêts juridiques, intérêts d'ordre économique ou d'ordre moral. Or, une telle définition peut être facilement transportée sur le terrain de la personnalité morale : si les intérêts individuels sont susceptibles d'une localisation, qui est l'essence de la nationalité des individus, il en est de même des intérêts collectifs, et les personnes morales, qui synthétisent ces intérêts collectifs, postulent une nationalité. Il convient donc d'affirmer, comme conséquence de la réalité des personnes morales, l'unité de la notion de nationalité dans son application à tous les sujets de droit.

b) DÉTERMINATION DE LA NATIONALITÉ DES SOCIÉTÉS.

La localisation de l'intérêt collectif, sous-jacent à une société personnifiée, ne peut être saisie par le juriste qu'autant qu'elle se matérialise dans des indices palpables. Parmi ces indices, s'en rencontre-t-il un d'assez décisif et d'assez général pour constituer le critérium de la nationalité des sociétés? Beaucoup d'auteurs ne le croient pas⁽²¹⁷⁾. Selon eux, la nationalité d'une société ne peut être que la résultante empirique d'une combinaison de facteurs, dont il appartient aux tribunaux d'établir la balance. L'idée de contrôle est l'étiquette moderne de cette théorie éclectique : il n'y a pas une notion uniforme du contrôle : c'est dans un dosage imprévisible des multiples particularités de la cause qu'il faudra rechercher, pour chaque espèce, si le contrôle est réalisé. En somme, avec un tel système, la détermination de la nationalité des sociétés est une question de fait, abandonnée à l'appréciation arbitraire des juges. Autant dire que ce système se condamne lui-même, étant le reniement de la science. La nationalité des sociétés dérive nécessairement d'un ou plusieurs éléments de principe prédéterminés. Mais quels sont ces éléments?

Un premier point sur lequel tout le monde, à peu près, est d'accord, c'est que la nationalité des associés ne saurait fixer la nationalité de la société⁽²¹⁸⁾. Faut-il alors se rabattre sur le pays où la société est constituée? Le principe de l'autonomie de la volonté conduirait à cette solution, comme à une application particulière de la présomption de la *lex loci contractus*⁽²¹⁹⁾. Pareil résultat serait logique dans l'opinion de ceux qui font de la société un

(217) Surville et Arthuys, *Cours de Droit intern. privé*, n° 456; Despagnet et de Boeck, *op. cit.*, n° 51; Percerou, *loc. cit.*; Niboyet, *Manuel de Droit intern. privé*, 2^e éd., nos 300 et suiv.

(218) Comp. Arminjon, *loc. cit.*, p. 381-383, et les références.

(219) Pillet, *Les personnes morales en Droit international privé*, n° 108; Pépy, *op. cit.*, n° 72; Reyter, *op. cit.*, p. 109 et suiv.

simple contrat. Mais nous savons que la société est un organisme : c'est en tant que telle qu'elle a une nationalité, et une nationalité qui ne peut rationnellement dépendre de la volonté des contractants. Au vrai, puisque la nationalité de cet organisme se ramène à une localisation de l'intérêt collectif qu'il concrétise, le système le plus juste paraît consister dans un recours à la notion de domicile, le domicile étant, par définition, le centre permanent des intérêts du sujet de droit. Seulement, ici, nouvelle divergence : que faut-il entendre par domicile de la société? Les uns optent pour le lieu d'exploitation ⁽²²⁰⁾; les autres, pour le siège social ⁽²²¹⁾, et avec raison, d'après nous : tandis, en effet, que les lieux d'exploitation, qui peuvent être multiples, se confinent à des besognes d'exécution matérielle, c'est le siège social unitaire, centre de décision et d'action, qui communique une impulsion vitale à tout l'organisme.

Il est indéniable que le critérium tiré du siège social a reçu la sanction de la jurisprudence française. Ce n'est pas, d'ailleurs, sans tâtonnements que nos tribunaux en sont arrivés là ⁽²²²⁾. Jusque vers 1880-1890, ils ont visiblement fait preuve d'éclectisme, évitant de se lier à aucun critère déterminé, bien que recourant assez souvent à l'idée de centre d'exploitation. Entre 1880 et 1890, l'orientation vers la notion de siège social se précise, et elle ne cesse de gagner en fermeté jusqu'à 1914. Malgré les infidélités apparentes provoquées par la législation de guerre, la jurisprudence a aujourd'hui une tendance très nette à reprendre son ancien critérium ⁽²²³⁾. Mais s'en tient-elle à

(220) Lyon-Caen et Renault, II, n° 1167.

(221) Houpin et Bosvieux, III, n° 2203; Arminjon, *loc. cit.*, p. 391; Surville et Arthuys, *op. cit.*, n° 456.

(222) V. l'étude de l'évolution jurisprudentielle dans Pépy, *op. cit.*, nos 6 et suiv.

(223) V. spécialement : Montpellier, 3 mai 1926, S., 26. 2. 75, et les

ce critérium exclusivement? On le prétend d'ordinaire, mais à tort. Ainsi que M. Mazeaud l'a démontré ⁽²²⁴⁾, notre jurisprudence, pour attribuer une nationalité donnée à une société, a toujours mis en vedette, à côté du lieu du siège social, un élément de fond consistant dans l'existence d'un lien sérieux entre la société et le pays choisi ⁽²²⁵⁾. Quelques arrêts absorbent cet élément dans la notion de siège social réel, par opposition au siège social fictif, qui déclencherait la théorie de la fraude à la loi; mais plus nombreuses sont les décisions qui exigent, ouvertement, que la société soit unie au pays dont elle se réclame par une *attache sérieuse* ou encore, expression tout à fait caractéristique au point de vue du concept de personnalité, par un *intérêt raisonnable*. Faut-il aller plus loin, et dire, avec M. Mazeaud ⁽²²⁶⁾, que le critérium jurisprudentiel est tripartite, qu'il envisage, outre le lieu du siège social et l'existence d'un lien de fond sérieux, la loi de constitution de la société? Non. Il est bien vrai que maint arrêt mentionne dans ses considérants la loi de constitution; mais cet élément, et M. Mazeaud n'est pas loin d'en convenir lui-même, n'est qu'une sorte d'élément formel, qui ne saurait être mis sur le même pied que les deux autres éléments, pour la bonne raison que, dans tous les cas où la nationalité n'est recherchée qu'en vue de la solution du conflit des lois, il se présente théo-

arrêts cités à la note 225. — En sens contraire : Colmar, 29 oct. 1925, S., 1927. 2. 33, note Niboyet.

(224) Mazeaud, *loc. cit.*, p. 55.

(225) V. déjà l'arrêt Société du débarcadère de Cadix, Cass. civ., 20 juin 1870, S., 70. 1. 373, D., 70. 1. 416. Le jugement du Tribunal de Lille du 21 mai 1908 (S., 1908. 2. 177, note Demogue), dans l'affaire de la West Indian, peut être regardé en ce sens comme un jugement de principe. V. parmi les arrêts récents, Rennes, 16 juin 1930, D., 31. 2. 9, note Chauveau; Req., 17 juill. 1930 (2 arrêts), *Revue Droit intern. privé*, 1931, p. 129; Req., 12 mai 1931, D. H., 1931. 329.

(226) Mazeaud, *loc. cit.*, p. 45. — Comp. Bonnecase, 7^e éd. de Vavasseur, I, n° 117.

riquement comme l'inconnue du problème que l'on voudrait lui faire résoudre. L'illusion s'explique, parce que l'on a coutume de raisonner sur les sociétés de commerce, dont la constitution, étant soumise à des formalités de publicité, d'enregistrement, voire d'autorisation, nécessite une option préliminaire des fondateurs en faveur d'un système juridique donné ⁽²²⁷⁾. Que si, au contraire, nous portons notre attention sur les sociétés civiles, qui, en beaucoup de pays, se constituent valablement sans qu'une organisation étatique ait à intervenir, force est bien de constater que la loi de constitution ne peut jouer aucun rôle dans la détermination de la nationalité, puisque cette loi ne pourra être connue elle-même qu'une fois la nationalité déterminée par ailleurs. Or, agissant dans l'arrière-pensée constante d'un rapprochement avec le régime matrimonial, nous ne saurions faire trop de cas des sociétés civiles. Aussi, nous plaçant à ce point de vue particulier, résumerons-nous la substance du système jurisprudentiel, touchant la nationalité des sociétés, dans un critère double :

1° Le lieu du siège social;

2° Le territoire sur lequel la société déploie l'essentiel de son activité économique et réalise ses fins économiques essentielles. En d'autres termes, sous l'angle de ce critérium, une société sera considérée comme nationale lorsque l'intérêt collectif d'ordre pécuniaire, qu'elle personnifie, s'intégrera dans le courant général de l'économie nationale. Pour cela, il faudra qu'elle ait installé sur le territoire des établissements principaux, ou qu'elle y accomplisse des opérations juridiques suffisamment nombreuses par rapport à celles qu'elle effectue dans des pays

(227) C'est ce qui permet de comprendre, sur le terrain pratique, que des auteurs tels que Pillet (*Traité pratique*, II, n° 739) proclament l'identité du lieu du siège social et du lieu de constitution.

différents. Ces formules, dont nous empruntons la matière à divers auteurs ⁽²²⁸⁾, s'harmonisent avec la notion d'intérêt, qui est à la base de la personnalité morale. Et que l'on n'objecte pas qu'elles réintroduisent la variabilité concrète et, partant, l'incertitude de la théorie éclectique. Il y aura sans doute à juger, selon les données changeantes de chaque espèce, si l'activité économique de la société est principalement localisée sur tel ou tel territoire. Mais autre chose est rechercher si un élément prédéterminé se trouve réalisé en fait, autre chose se livrer à une appréciation arbitraire des faits en dehors de tout élément fixe.

Laissant pressentir de plus en plus la comparaison que suggère le régime matrimonial sous ses divers aspects, ici sous l'aspect de la dotalité, il nous reste à dire quelques mots sur la nationalité des fondations. On concevrait rationnellement que les critères déjà dégagés pour les sociétés fussent adaptés aux fondations. Mais un autre point de vue intervient. La fondation se caractérise par l'affectation perpétuelle de certains biens à une œuvre : or, la perpétuité de l'affectation met en cause l'ordre public; en tant qu'elle porte sur des immeubles, elle appelle la *lex rei sitæ*; la nature de l'œuvre, enfin, confine normalement au Droit public. Pour toutes ces raisons, sans vouloir appuyer sur une terminologie très controversée, il faut déclarer que les dispositions relatives aux fondations ne peuvent être que d'essence strictement territoriale. Selon la remarque de M. Arminjon ⁽²²⁹⁾ « un établissement destiné à fonctionner sur le territoire doit nécessairement être constitué et administré conformément

(228) C. Piola-Caselli, *La nazionalità delle società commerciali e il registro degli commercianti*, p. 32 et suiv.; Bonneau, 7^e éd. de Vavasseur, I, n° 117.

(229) Arminjon, *loc. cit.*, p. 528.

au Droit national; il ne saurait être considéré comme étranger, sous prétexte qu'il est dirigé par un comité qui siège à l'étranger ». Mais c'est seulement dans les limites du territoire où elle est fixée que la fondation sera regardée comme ressortissant à la nationalité de ce territoire. En pays tiers, le critère double, que nous connaissons, reprendra son empire, et les tribunaux pourront rattacher la fondation, dont les établissements sont dispersés dans plusieurs Etats, à une nationalité unique, déterminée par le territoire où la personne morale a, cumulativement, son siège administratif et le centre principal de son activité.

c) CONSÉQUENCES DE LA NATIONALITÉ DES SOCIÉTÉS.

Ces conséquences se manifestent à deux points de vue : jouissance des droits, conflit des lois.

Jouissance des droits : Il est évident que seule la nationalité est apte à conférer à une personne morale la condition juridique de nationale ou d'étrangère. Il serait à peine besoin de l'exprimer si des auteurs modernes, tout en acceptant l'influence du siège social sur le conflit des lois, n'avaient prétendu que la question de la jouissance des droits était dominée par la notion de contrôle ⁽²³⁰⁾.

Conflit des lois : Entre les diverses lois qui peuvent se proclamer compétentes pour régir une société personnifiée, la loi de la nationalité doit être choisie. C'est l'aboutissement de la notion de personnalité morale. Notre système positif de règles de conflit ne sépare pas les personnes morales des personnes physiques. Il rattache indistinctement l'état et la capacité des unes et des autres à la loi nationale du sujet de droit. Toutefois, il importe de différencier, au sein de la société personnifiée, l'organisme et l'acte juridique dont cet organisme est normalement issu. L'acte juridique, en tant qu'il peut être isolé

(230) V., par exemple, Chauveau, note D., 1931. 2. 9.

de l'organisme, est susceptible de donner lieu aux règles ordinaires de rattachement en matière de manifestations de volonté. C'est ainsi que la formation, l'expression et l'intégrité du consentement des futurs associés doivent être appréciées d'après la *lex loci contractus*; que leur capacité générale de s'obliger ressortit à la loi personnelle de chacun d'eux. Mais, en dehors de cette part légitime faite à l'idée de contrat, la loi nationale de l'organisme est seule qualifiée pour régir la société à tous les moments de son existence : formalités de constitution, validité de l'objet, effets de toute sorte, dissolution. Seule compétente pour imposer des règles impératives ou prohibitives, pour poser des règles supplétives ou interprétatives, cette loi constituera, selon le langage de Pillet, « l'armature que gardera la société pendant toute sa durée, qui gouvernera sa vie de concert avec les statuts, et même, dans le silence de ces derniers, suppléera à leurs dispositions » (231).

B. — LA NATIONALITÉ DU MÉNAGE, ENVISAGÉE TANT EN ELLE-MÊME
QUE DANS SES CONSÉQUENCES

a) AFFIRMATION DE LA NATIONALITÉ DU MÉNAGE.

Le ménage, étant une personne morale, a nécessairement une nationalité, et une nationalité distincte de celle de l'un ou de l'autre époux. La notion de nationalité du ménage est longtemps passée inaperçue, mais elle commence à pénétrer dans la doctrine française. Nous n'en voulons pour preuve qu'un récent article de M. Champcommunal sur « le ménage à nationalités différentes » (232)

(231) Pillet, *Traité pratique de Droit internat. privé*, II, n° 739. — Comp. par exemple, pour la jurisprudence, Paris, 25 juin 1931, D. H., 31. 450, décidant que la responsabilité personnelle des associés se détermine par la loi nationale de la société, c'est-à-dire par la loi du siège social.

(232) Champcommunal, *Un conflit de lois à l'ordre du jour : Le ménage à nationalités différentes* (*Revue de Droit internat. privé*, 1929, p. 1 à 24, spécialement p. 4-8).

Bien que M. Champcommunal se place au point de vue des rapports personnels issus du mariage, non au point de vue du régime matrimonial, les considérations qu'il émet revêtent une portée générale. Sans doute, influencé par la théorie de la fiction, est-il apparemment défavorable à la personnification du ménage; mais, s'il repousse le mot, il accepte au fond la chose, ainsi que l'on va en juger : « Les époux, déclare-t-il, tendent à devenir des êtres égaux; entre eux il se forme une sorte d'association dans laquelle se fondent leurs droits et leurs devoirs réciproques. Aux époques où l'esprit juriste se plaisait aux fictions, on eût parlé d'une personne morale intercalée entre les personnes physiques et représentant la somme de leurs intérêts matériels et moraux. Aujourd'hui, le langage se fait plus simple; il suffit sans pareille rigidité de noter ce fonds commun de droits et de sentiments, qui relie les époux l'un à l'autre, et doit, pour qu'ils poursuivent avec fruit leur carrière, demeurer intact... Ce désir de protéger l'association, qui naît du mariage, s'affirme dans les législations récentes et trouve sa parfaite expression dans les Codes civils de l'Allemagne et de la Suisse... Cette conception répond si bien aux idées du temps qu'elle pénètre les législations plus anciennes et se combine avec les textes antérieurs, qu'elle adoucit. Les lois françaises sur le libre salaire de la femme mariée et l'abandon de famille en sont inspirées. Rien n'est plus naturel que cette expansion. La chose est, en effet, aussi vieille que le nom. *C'est le ménage, terme qui, à toute époque et dans tout pays, a servi à désigner les époux pris collectivement. De cette union intime, une seule loi peut constituer la charte. Le ménage doit avoir son statut personnel indépendant de celui des époux considérés individuellement.* »

Pour nous, la notion de nationalité du ménage trouve son inéluctable raison d'être dans l'existence d'un intérêt

collectif, qui est l'intérêt du ménage. Cet intérêt collectif est susceptible de se localiser, comme tout intérêt, sur un territoire et, par là même, de conférer une nationalité à la société conjugale qui lui sert de support.

b) DÉTERMINATION DE LA NATIONALITÉ DU MÉNAGE.

Tout le problème consiste à fixer les signes diacritiques, qui trahissent et matérialisent la localisation de l'intérêt collectif du ménage sur un territoire donné. La notion même de société conjugale nous oriente du côté du siège social, centre des intérêts de la société, c'est-à-dire, selon nos explications antérieures ⁽²³³⁾, du côté du domicile matrimonial. Parti d'un autre point de vue, cheminant sur un autre plan, M. Champcommunal aboutit à la même conclusion : « Au lieu, écrit-il, d'éterniser le débat entre la loi préférable de l'un ou de l'autre des conjoints, d'organiser, en somme, un sacrifice d'intérêts, une meilleure méthode consiste à rechercher le siège du ménage. En quel endroit les époux ont-ils fixé le centre de leur existence? Est-ce dans la patrie du mari? Nul doute, alors, que la loi compétente ne soit la loi de ce dernier. Le choix s'est-il porté sur la patrie de la femme? Sa loi devient applicable. Cette distinction semble bien fondée et conforme aux directives qui inspirent les lois modernes sur la nationalité, notamment la récente loi française. La dislocation de la nationalité dans le ménage représente un fait anormal. Une attraction incessante conduit au regroupement... La situation devient plus délicate, lorsque les époux de nationalité différente fondent leur principal établissement dans un pays tiers. Il nous semble qu'en pareil cas c'est encore la loi de ce pays qui doit avoir autorité... La fondation du foyer en un endroit présente une importance extrême... Dans le désarroi du droit national, le domicile

(233) V. plus haut, p. 478.

commun apparaît comme le phare de direction pour la vie conjugale. Le domicile, qu'il convient de prendre en considération, est bien entendu le vrai domicile, celui que constitue le principal établissement, le lieu où se concentre l'existence juridique et sociale de la famille. On ne saurait le confondre ni avec la simple résidence, ni avec la maison de commerce ou d'industrie. Le domicile matrimonial est quelque chose de plus que le domicile pouvant être particulier à l'un ou à l'autre des époux. Ainsi, la femme, autorisée à faire le commerce et acquérant de ce fait un domicile propre, ne relève pas moins au point de vue de sa vie d'épouse du domicile matrimonial. Il ne se confond même pas forcément avec le domicile du mari, bien que celui-ci ait, d'après la plupart des législations, le pouvoir de le fixer. Un tel pouvoir, en effet, ne doit pas s'exercer sans raison; il ne saurait légitimer les décisions bizarres ou intéressées. » (234).

Pour nous, le domicile matrimonial (235), *domicilium*

(234) Champcommunal, *loc. cit.* — Si l'on considère, d'ailleurs, la conception de M. Champcommunal dans sa portée originelle : le conflit des lois quant aux rapports personnels des époux à nationalités différentes, il y a lieu, selon nous, de formuler des réserves sur la compétence ainsi reconnue à la loi du domicile matrimonial. Nous sommes disposé à admettre la compétence de cette loi, même en présence d'une nationalité commune, pour certains effets du mariage que l'on présente comme des effets personnels, mais qui, en réalité, sont dans la connection la plus étroite avec la nature juridique du régime matrimonial, par exemple l'incapacité de la femme mariée : il est rationnel qu'une même loi gouverne cette incapacité et le régime des biens entre époux (En ce sens Bartin, note D., 1898. 2. 460, col. 2, et les arrêts cités par lui, arrêts assez peu probants, il est vrai). Au contraire, quant aux effets du mariage que l'on pourrait qualifier de purement personnels (et qui, du reste, sont peut-être plus rares qu'on ne le croit; par exemple, légitimation des enfants, divorce envisagé comme sanction des devoirs conjugaux), il nous semble que la notion même d'état impose, en toute hypothèse, la compétence de la loi nationale du mari ou de chacun des conjoints. Comp. Audinet, *Du conflit entre les lois personnelles des époux lorsque la femme, Française ou étrangère, conserve sa nationalité primitive* (Clunet, 1930, p. 319-331, spécialement, p. 328).

(235) Comp. sur la notion de domicile matrimonial : Levasseur, *La détermination du domicile en droit international privé français*, thèse Paris, 1931, p. 406 et suiv.

matrimonii, domicile du ménage personnifié, est, tout comme le siège social en matière de société ordinaire, un premier élément de détermination de la nationalité de la société conjugale. Mais cet élément ne suffit pas : ayant à sa base (tout comme le siège social, du reste), une option des fondateurs ⁽²³⁶⁾, il aboutirait, par lui-même, à faire dépendre de la volonté arbitraire des parties la nationalité de la personne morale. Il faut, en réalité, qu'à la fixation du domicile matrimonial sur un territoire donné corresponde l'existence d'un lien de fond sérieux, unissant le ménage à ce territoire. Les époux ne sauraient obtenir pour la société conjugale une nationalité de leur choix, en établissant le domicile matrimonial dans un pays auquel la société ne serait rattachée par aucun intérêt raisonnable. En un mot, nous transportons ici le critérium bipartite que nous avons dégagé, d'accord avec la doctrine la plus récente, pour les sociétés ordinaires. Or, il apparaît que ce critérium, dans son adaptation à la société conjugale, nous est déjà bien connu : c'est le double critérium : domicile matrimonial, attaches de fond, que nous avons vu fonctionner constamment, en pratique, dans la jurisprudence relative à la détermination du régime matrimonial légal. *Du même coup, s'éclaircit l'énigme que posait cette jurisprudence. La notion de nationalité du ménage se révèle comme la secrète inspiratrice de nos tribunaux.* Le double étalon que ceux-ci appliquent directement, en apparence, à la solution du conflit des lois, ils l'ont appliqué d'abord, sans le dire, à la solution du problème de la nationalité, moyen terme inéluctable. Au fond de la théorie jurisprudentielle est un syllogisme de ce genre : la loi compétente pour gouverner

(236) Comp. sur les conditions de forme de cette option dans les hypothèses où un changement de nationalité de la femme est en jeu, le décret du 10 août 1927, art. 8 à 11.

le régime légal est déterminée par la nationalité du ménage; or, la nationalité du ménage est déterminée par le double critère du domicile matrimonial et des attaches de fond; donc la loi compétente pour gouverner le régime légal est déterminée par le double critère du domicile matrimonial et des attaches de fond. Mais, si les arrêts font sonner bien haut la conclusion, ils taisent jalousement les prémisses, tout en essayant de détourner l'attention par le leurre de l'autonomie de la volonté. La jurisprudence, sans doute, fait montre de pareille discrétion parce qu'elle appréhende les discussions que ne manquerait pas de soulever une notion aussi insolite que celle de la nationalité du ménage. Plus simplement, peut-être, a-t-elle elle-même de la nationalité du ménage un sentiment vague, non une véritable notion; mais c'est alors le cas de dire, avec la psychologie intellectualiste, que le sentiment n'est qu'un raisonnement inconscient. C'est donc en harmonie avec la substance de la théorie jurisprudentielle que nous lions la détermination de la nationalité du ménage à deux éléments préconstitués, cumulativement exigibles :

1° Le lieu du domicile matrimonial;

2° Le territoire sur lequel la société conjugale déploie l'essentiel de son activité économique et réalise ses fins économiques essentielles, en assurant l'entretien des époux et l'éducation des enfants. Pour ce qui est de l'entretien des époux, on ne voit pas bien, de prime abord, l'utilité de mettre en avant un élément distinct du domicile matrimonial : c'est, par définition, au domicile matrimonial qu'a lieu l'entretien des époux. Mais l'objection dérive d'une vue incomplète du problème. La perception des revenus destinés à alimenter le ménage est, pour la société conjugale, un objet au moins aussi important que l'application de ces revenus aux dépenses quotidiennes. Il sied, en conséquence — et la jurisprudence en a grand soin,

nous le savons — de considérer la provenance des ressources du ménage. Pour mériter la qualité de nationale, la société conjugale doit s'intégrer dans l'économie nationale non seulement du point de vue de la consommation, mais aussi du point de vue de la production des richesses. On aura égard, par exemple, au fait que les époux tirent le plus clair de leur subsistance d'un fonds de commerce qu'ils exploitent en France ou, à l'inverse, de propriétés qu'ils ont conservées à l'étranger. Quant à la considération de l'endroit où sont élevés les enfants, elle nous semble avoir une force considérable, faite d'influences morales autant qu'économiques, et qui n'est pas, du reste, passée inaperçue des tribunaux ⁽²³⁷⁾. En particulier, il nous paraît que des conjoints étrangers, mariés et établis en France, mais faisant donner à leurs enfants une éducation étrangère dans leur patrie d'origine, ne sauraient être regardés, sauf exception, comme formant entre eux une société conjugale française. Entre toutes ces circonstances de fait hétérogènes, qui peuvent se contredire, il appartient d'ailleurs au juge, dans chaque espèce, de procéder à une balance. La discrimination du principal et de l'accessoire est, pour lui, une nécessité, ici comme partout, et l'on peut dire que ce qui détermine, en fin de compte, la nationalité de la société conjugale, c'est la combinaison du domicile matrimonial avec l'orientation du faisceau *principal* des intérêts collectifs du ménage ⁽²³⁸⁾.

Mais — et voici l'inconvénient apparent d'un critère bipartite comme le nôtre — quelle va être la nationalité de la société conjugale, lorsque le lieu du domicile matrimonial ne coïncidera pas avec le territoire où le ménage a ses attaches de fond? La seule réponse logique est que la

(237) V. par exemple Pau, 28 août 1835 (Dagès, rapporté au S. 37. 1. 437); Trib. civ. Chambéry, 13 nov. 1908 (*Revue de Droit internat. privé*, 1910, p. 853, 2^e espèce). — Comp. Trib. civ. Versailles, 19 juill. 1927, *Clunet*, 1928, 429.

(238) Ainsi, dans leur dernier état, la jurisprudence relative aux sociétés

société conjugale n'aura alors aucune nationalité. On peut, du reste, en donner une explication satisfaisante, parallèle à celle que formulent, en matière de sociétés ordinaires, des auteurs tels que M. Mazeaud. Par la discordance du domicile matrimonial et du centre de l'activité économique du ménage, une situation anormale, irrégulière, est créée. On est en présence de fondateurs qui ont brisé la nature organique de la société, en fixant son siège d'une manière factice, sans rapport avec la réalité de l'objet social. La société conjugale est rendue par là même irrégulière; elle ne vaut plus qu'à titre de société de fait, dépourvue, en principe, de personnalité et, partant, de nationalité. Sans doute est-il admis que, dans les relations avec les tiers, les sociétés de fait doivent être traitées en personnes morales; mais cette solution n'a d'autre but que de leur conserver leur autonomie patrimoniale pour les besoins de la liquidation; quant à les revêtir d'une nationalité, au sens vrai du mot, nul n'y songe. La société conjugale, dans l'hypothèse envisagée, n'a donc pas de nationalité. Cela ne signifie pas que les conjoints, à défaut de contrat de mariage, ne soient placés sous aucune espèce de régime matrimonial. Seulement la loi compétente pour gouverner ce régime ne peut plus être déterminée d'après la nationalité du ménage, il faut nécessairement recourir à une autre idée. Cette idée nous paraît être que le régime légal applicable, en l'absence d'une nationalité du ménage, se détermine en conformité des pré-

ordinaires et la jurisprudence relative au régime légal se trouvent, sur le plan du Droit international privé, en concordance parfaite. Mais on observera que, s'il y a concordance à l'aboutissement, il n'y a pas eu synchronisme dans l'évolution, encore que la date de 1880 marque, à l'égal, un tournant pour chacune des deux théories jurisprudentielles. D'une façon générale, il faut dire que le critérium du domicile matrimonial s'est précisé pour la société conjugale beaucoup plus tôt que le critérium du siège social pour les sociétés ordinaires.

visions directement et univoquement exprimées par les conjoints. C'est bien ce que décide, nous l'avons vu, la jurisprudence, et, ce faisant, elle ne s'éloigne pas du droit commun des sociétés de fait. Etudions successivement, suivant une distinction classique, la condition juridique de ces sociétés à l'égard des tiers et dans les rapports entre associés. À l'égard des tiers, il est constant que la société garde sa valeur contractuelle⁽²³⁹⁾ : sur la base du pacte social, les associés se sont gérés comme s'ils étaient liés par un certain type de société; leurs agissements ont engendré une apparence, qu'il convient de respecter, sous peine de compromettre la sécurité des transactions. C'est au même résultat que la jurisprudence aboutit pour le régime matrimonial légal : il n'y a pas de pacte social, mais les époux ont la conviction d'être mariés sous un certain type de régime et ils ont manifesté cette conviction dans des actes antérieurs ou postérieurs au mariage; une apparence en résulte, à laquelle il est rationnel de donner efficacité, en déterminant le régime applicable d'après les prévisions extériorisées des parties. Voici, par exemple, un ménage cosmopolite, qui ne remplit les conditions d'aucune nationalité; la femme, Anglaise, s'est comportée, en France, dans des opérations immobilières ou bancaires, comme une épouse séparée de biens : en la réputant mariée sous le régime légal anglais, on met la situation de droit en harmonie avec la situation de-fait et, du même coup, on assure la protection du crédit. Les rapports entre associés n'offrent pas pour nous moins d'intérêts, car, très souvent, la liquidation de la société conjugale sans nationalité suscite un conflit entre le conjoint survivant et les héritiers du prédécédé, avec une part d'acquêts pour enjeu. Le droit commun des sociétés de fait, sur ce point, est

(239) Comp. Hémard, *Nullités de sociétés et sociétés de fait*, nos 221 et suiv.

assez hésitant et se complaît dans les nuances ⁽²⁴⁰⁾. Cependant, nous ne croyons pas travestir l'esprit général du système jurisprudentiel en disant que la liquidation de la société de fait, dans les relations entre associés, est dominée, d'une manière immédiate, par la notion de droit. L'incessant appel des arrêts à l'idée d'équité nous semble impliquer cette signification. Seulement la notion de droit n'intervient pas ici à l'état abstrait : elle se concrétise selon les cas, soit dans une application de la théorie de l'enrichissement sans cause, soit, le plus fréquemment, dans une considération directe de la commune volonté des associés, telle que ceux-ci l'ont exprimée dans le pacte social ou même en dehors de ce pacte, car, sauf exception, c'est bien, en définitive, le respect des prévisions légitimes des parties qui constitue le meilleur moyen de liquider la société de fait sans léser aucun des intérêts en présence. A lire les arrêts, on aurait l'impression que les tribunaux s'accordent, en la matière, un pouvoir discrétionnaire; mais, en réalité, leur liberté d'appréciation trouve son inspiration et ses limites dans la notion de droit. Or, en quoi diffère d'un tel système notre jurisprudence relative au régime matrimonial légal, en l'absence d'une nationalité du ménage ? Là aussi, on a parlé d'un pouvoir discrétionnaire des juges ⁽²⁴¹⁾; là aussi, c'est, en réalité, la notion de droit qui se manifeste concrètement, tantôt pour faire jouer la théorie de l'enrichissement sans cause ⁽²⁴²⁾, tantôt — dans la plupart des hypothèses, ainsi que nous l'avons constaté — pour donner efficacité à l'in-

(240) On se rendra compte de la complexité du problème en se reportant à la note de M. Solus (S., 1928. 1. 9) sous l'arrêt Société des Etablissements Poulenc (Cass. civ., 13 juill. 1927). Comp. Vavasseur, 7^e éd. par Bonbecase, I. nos 312-320.

(241) Lerebours-Pigeonnière, *op. cit.*, n° 357.

(242) V. par exemple l'influence de cette théorie dans : Paris, 7 déc. 1887, *Gaz. Palais*, 8 déc. 1887.

tention réelle des époux. Lorsque, le double critérium de la nationalité étant en défaut, la société conjugale tombe au rang de société de fait, les tribunaux, en s'efforçant de déterminer le régime légal en conformité des prévisions des parties, ne font pas autre chose que chercher la base la plus rationnelle pour liquider cette société de fait selon les règles du droit commun. De la sorte, l'énigme se dissipe de plus en plus. De proche en proche, la jurisprudence française touchant le régime matrimonial en Droit international privé apparaît, dans toutes ses portions, comme une déduction de la théorie générale des sociétés. Des deux idées autour desquelles elle se systématise, la première est en liaison avec la conception de la nationalité des sociétés, la seconde se rattache à la notion de société de fait.

Jusqu'ici, nous avons argumenté du régime matrimonial légal. Mais, sous les régimes conventionnels aussi, la société conjugale est susceptible d'avoir une nationalité. Une question, dès lors, se pose : Si, dans un contrat de mariage, qui met en jeu des rapports de Droit international, les conjoints se réfèrent expressément, pour le règlement de leurs intérêts pécuniaires, à une loi donnée, est-ce que cette référence va influencer sur la nationalité du ménage ? Il faut répondre, d'emblée, qu'une telle référence ne saurait avoir, par elle-même, de valeur déterminante. Si elle est conforme à l'indication fournie par le double critérium jurisprudentiel, elle ne lui ajoute rien. Que si elle lui est contraire, elle est impuissante à y rien changer. Dans ce dernier cas, la société conjugale se trouvera soumise, pour sa structure et son fonctionnement, en vertu de la volonté des parties, à une loi qui ne sera pas celle de sa nationalité. Mais ce n'est point là une situation anormale. Que l'on veuille bien considérer, en effet, que, dans notre Droit positif interne, un ménage purement français peut être conventionnellement régi par un renvoi général à une

législation étrangère⁽²⁴³⁾. La faculté concédée en Droit interne doit être, *a fortiori*, admise dans les combinaisons de la vie cosmopolite⁽²⁴⁴⁾. Est-ce à dire que le contenu des conventions matrimoniales ne puisse exercer aucun rôle dans la détermination de la nationalité du ménage? Cela serait excessif⁽²⁴⁵⁾. Lorsque, d'aventure, le ménage a plusieurs domiciles matrimoniaux, ou des attaches de fond sensiblement équivalentes dans des pays différents, il est rationnel de suivre l'option que les futurs époux ont exprimée, dans le contrat de mariage, en faveur de l'une des diverses lois intéressées. Ce n'est là, du reste, que l'application du droit commun, car ce rôle subsidiaire et limité est celui que des auteurs, comme M. Arminjon, sont disposés à concéder à la volonté des fondateurs dans la détermination de la nationalité des sociétés ordinaires : « compléter la règle lorsqu'elle est insuffisante, la tempérer au moyen d'une option au profit de la souveraineté à laquelle la société se rattache par un élément secondaire, mais néanmoins assez important pour rendre licite la préférence dont il est l'objet »⁽²⁴⁶⁾. On n'oubliera pas, pour autant, que, toutes les fois qu'une désignation claire résulte du double critérium jurisprudentiel, les conventions matrimoniales, loin de pouvoir contrarier cette désignation, en subissent le contre-coup, en ce sens qu'elles doivent se plier à la réglementation impérative de la législation qui correspond à la nationalité du ménage, ainsi désignée.

(243) Aubry et Rau, VII, § 304, texte et note 23; Laurent, XXI, n° 144; Planiol, Ripert et Nast, I, n° 36. — V. cependant Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, I, n° 43.

(244) Baudry-Lacantinerie, *loc. cit.*, note. — Comp. Cass. civ., 17 nov. 1924, S., 2^e I. 113, note de M. Niboyet.

(245) On remarquera, d'ailleurs, que, dans les hypothèses où la société conjugale dégénère en société de fait faute de concordance entre les deux éléments déterminants de la nationalité, c'est le contrat de mariage qui, à l'instar des statuts des sociétés ordinaires, fournit la base la plus sûre pour le traitement et la liquidation de cette société de fait.

(246) Arminjon, article précité (*Revue de droit international*, 1927, p. 391).

Telle est l'interprétation que paraît comporter la jurisprudence quand, prolongeant son système du régime légal aux régimes conventionnels, elle fait dépendre de l'autonomie de la volonté la détermination de la loi compétente pour gouverner le contrat de mariage, même sur des points impérativement réglés en Droit interne, comme la liberté et la validité du contrat ⁽²⁴⁷⁾. La prétendue loi d'autonomie n'est ici, en réalité, que la loi nationale du ménage, découverte (à l'aide du critère que nous connaissons bien) sous les circonstances contingentes du procès. C'est donc contre une pure apparence que s'escrime la doctrine contemporaine, en reprochant à la théorie jurisprudentielle d'ignorer le caractère impératif de la réglementation des conventions matrimoniales ⁽²⁴⁸⁾. Rien ne révèle mieux les véritables conceptions de la jurisprudence que son attitude dans la fameuse *question de l'immutabilité des conventions matrimoniales en Droit international privé*. On s'est aperçu, après M. Jay ⁽²⁴⁹⁾, qu'il y avait, là aussi, une petite énigme. Que l'on prenne, par exemple, les arrêts Giovanetti et Potier : la Cour de cassation y affirme que l'immutabilité est une prescription de forme soumise à la maxime : *locus regit actum*; puis, pour décider *in concreto* que le contrat de mariage a pu valablement être rédigé après la célébration, elle s'appuie, non pas sur la loi du lieu de rédaction — comme il serait logique avec l'idée de forme — mais sur la loi du territoire où les époux ont établi leur domicile matrimonial ⁽²⁵⁰⁾. Il y a donc à l'origine du système juris-

(247) V. par exemple Paris, 3 déc. 1913, *Clunet*, 1914-944; Grenoble, 6 nov. 1923, D., 24. 2. 44, note de M. Nast.

(248) V. par exemple Calch, *op. cit.*, p. 344-352; Nihoyet, *Manuel*, n° 711.

(249) Jay, *De l'immutabilité des conventions matrimoniales en Droit international* (*Clunet*, 1885, p. 527 et suiv.).

(250) Giovanetti, précité, civ., 11 juill. 1835, S., 35. 1. 699; Potier, Req., 24 déc. 1867, S., 67. 1. 134. Comp. déjà Montpellier, 25 avril 1844, Casadumont, D., 1845. 2. 36. Un certain nombre de tribunaux et de cours d'appel se sont prononcés, au contraire, pour la compétence de la loi nationale du mari (V. ainsi l'arrêt de la Cour de Colmar dans l'affaire

prudentiel une idée directrice cachée, en dissonance avec les motifs apparents. Cette idée directrice, estiment les auteurs après M. Jay, c'est l'incorporation de l'immutabilité à l'organisation générale du régime matrimonial : nos tribunaux assujettissent, *in petto*, l'immutabilité au même rattachement que les autres règles de fond des régimes matrimoniaux, et c'est pourquoi ils utilisent à son égard les éléments de détermination dont ils se servent habituellement dans la recherche du type de régime applicable : domicile matrimonial et lien sérieux d'intérêt. Mais, en vérité, l'énigme n'est ainsi qu'à demi résolue. Quand la jurisprudence fait appel à la notion de domicile matrimonial, c'est — selon l'opinion courante — uniquement en vue de déceler la volonté inexprimée des époux quant au choix de la loi destinée à les régir. Or, ici, cette volonté peut être connue parfaitement en dehors de la notion de domicile matrimonial. Elle résulte, à l'évidence, de la rédaction même du contrat postnuptial : par le fait qu'ils ont conclu des conventions matrimoniales postérieurement au mariage, les conjoints ont suffisamment attesté leur conviction de s'être placés sous l'empire de la législation qui tolère la mutabilité. En face d'une telle indication, la considération du domicile matrimonial et des attaches de fond ne saurait être, sous l'angle de l'autonomie de la volonté, que superflue et inefficace. Et il ne faut pas objecter que seules des circonstances antérieures aux changements litigieux peuvent être retenues comme indices de l'intention des parties, la possibilité d'une modification du régime en cours de mariage ne devant s'apprécier que d'après la loi voulue par les époux au moment de la célébration : ce serait tomber dans une pétition de principe et préjuger cette compé-

Palée, 28 mars 1928, S., 29. 2. 17, note de M. Niboyet, et les références citées là p. 48, col. 3).

tence volontaire de la loi d'immuabilité, qui fait précisément question, et qui reçoit même un démenti de l'existence du contrat postnuptial. A dire vrai, si la jurisprudence — comme on le soutient — faisait dépendre de la pure intention des parties l'immuabilité impérative, à l'égal de la substance facultative des régimes matrimoniaux, elle devrait toujours admettre, sans autre explication, la validité des conventions matrimoniales postérieures au mariage, dès lors que cela serait admis par l'une des législations intéressées. Mais puisque, tout au contraire, elle se croit obligée constamment d'interroger la loi du domicile matrimonial et des attaches de fond, c'est que cette loi a, pour elle, une valeur propre, une force contraignante, extérieure et supérieure à la volonté des parties. Rien de plus simple à nos yeux. Cette loi, c'est la loi nationale de la société conjugale personnifiée, seule loi compétente pour édicter impérativement sous quelles conditions les statuts peuvent être modifiés soit dans la période constitutive (théorie des contre-lettres), soit en cours de société (théorie de l'immuabilité *stricto sensu*). Le système jurisprudentiel est logique dans son déroulement secret ou inconscient : la prétendue loi de forme, la prétendue loi d'autonomie, c'est, en réalité, une loi nationale impérative. La doctrine contemporaine censure la jurisprudence pour avoir méconnu que l'immuabilité des conventions matrimoniales ressortit au statut personnel, étant une restriction de la capacité ⁽²⁵¹⁾. Quelle injustice ! Ici encore, c'est la jurisprudence qui, dans ses solutions concrètes, est en avance sur la doctrine : elle a très bien aperçu que l'immuabilité entre dans le statut personnel, mais dans le statut personnel de la société conjugale, non dans celui des époux associés considérés individuellement.

(251) V. par exemple Wahl, note sous Trib. sup. Munich, 17 mai 1895, S., 98. 4. 23; Niboyet, note précitée.

Cela nous conduit à examiner un autre point. Les personnes physiques peuvent perdre leur nationalité d'origine et en acquérir une nouvelle; la nationalité des personnes morales n'est pas davantage fixée à perpétuité. La nationalité de la société conjugale (tout comme celle d'une société ordinaire) ⁽²³²⁾, dépendant de la localisation de deux éléments prédéterminés, est susceptible de changer lorsque ces éléments se déplacent. Si, les attaches de fond restant fixes, le domicile matrimonial est transporté sur un autre territoire, ou si, à l'inverse, le domicile matrimonial ne bougeant pas, le ménage se crée des attaches de fond prépondérantes dans un second pays, la société conjugale perd sa nationalité primitive sans pouvoir en acquérir une nouvelle, parce qu'elle tombe à l'état de société de fait. Que si, au contraire, elle procède concurremment au transfert de son domicile et de ses attaches de fond, elle change de nationalité en subsistant dans sa personnalité morale. Telles sont, du moins, les solutions rationnelles. Ont-elles la sanction de la jurisprudence ? Notre jurisprudence, on le sait, ne consacre pas ouvertement la notion de nationalité du ménage, mais elle trahit son adhésion intime à cette notion par son système de détermination de la loi compétente. Il est donc à présumer que, si elle admet la possibilité d'un changement de nationalité du ménage, cela va se révéler à ce qu'elle acceptera de faire varier la loi compétente, parallèlement aux deux éléments de détermination que sont le domicile matrimonial et les attaches de fond. Or, loin d'accepter rien de tel, elle décide, sans distinction, que les variations de ces deux éléments ne sauraient avoir aucune influence sur la compétence de la loi primitivement désignée : les époux ne peuvent, en allant s'établir, en cours de mariage, dans un autre pays, altérer le régime

(232) Comp. Arminjon, article précité (*Revue de droit internat.*, 1927, p. 391-392).

matrimonial sous lequel ils se sont originellement placés (253). Nos tribunaux prétendent ainsi se montrer logiques avec leur prétexte, l'autonomie de la volonté : la volonté des parties, manifestée par un contrat exprès ou tacite, doit avoir des effets universels dans le temps comme dans l'espace, des effets permanents autant qu'extra-territoriaux. Mais cette logique n'est qu'apparente : un contrat, exprès ou tacite, devrait pouvoir se dissoudre *mutuo dissensu*. Il ne faut pas conclure, d'ailleurs, que la jurisprudence est ici infidèle à la notion de nationalité du ménage : elle paralyse seulement, par des considérations adventices, les conséquences normales de cette notion. Envisageons le cas le plus favorable, celui où la loi de la première nationalité de la société conjugale n'est pas incompatible avec une mutabilité conventionnelle du régime matrimonial. Pourquoi le changement de nationalité ne détermine-t-il pas un changement de la loi compétente pour gouverner la société ? La jurisprudence répond : A cause du respect international des droits acquis ; et ce qui prouve bien que sa négation ne porte point sur la possibilité d'un changement de nationalité, c'est que les auteurs qui préconisent la compétence de la loi nationale individuelle du mari aboutissent au même résultat : ils déclarent que le régime matrimonial, formé sous l'empire d'une certaine loi nationale, ne peut, en vertu de l'idée de droits acquis, être affecté par les modifications ultérieures de la nationalité des époux (254). Cela ne nous empêchera pas de nous demander si c'est à juste titre que le respect international des droits acquis

(253) V. déjà l'arrêt Boyer, Cass. civ., 30 janv. 1854, S., 54. 1. 268, et pour la période moderne : Alger, 13 déc. 1897, D., 1901. 2. 77 ; Trib. civ. Seine, 28 déc. 1900, D., 1902. 2. 193, note de M. de Boeck ; Marseille, 18 mai 1913, *Clunet*, 1914. 1271 ; Trib. régional de Strasbourg, 15 oct. 1923, D., 24. 2. 41, note de M. Nast ; Besançon, 28 juill. 1930, *Revue de Droit internat. privé*, 1931, p. 128.

(254) Pillet, *Traité pratique*, II, n° 307 ; Niboyet, *Manuel*, n° 719.

est, en la matière, invoqué par les tribunaux. Personne n'a pensé que ce respect fit obstacle, dans le changement de nationalité des sociétés ordinaires, à la compétence de la loi de la nouvelle nationalité⁽²³⁵⁾. Tout ce qu'il a paru exiger, c'est que cette compétence ne fût pas rétroactive⁽²³⁶⁾. Comment justifier une décision différente pour la société conjugale ? Nous admettons donc que le changement de nationalité du ménage entraîne, pour l'avenir, un changement de loi compétente et, par contre-coup, à défaut de contrat de mariage, un changement de régime légal⁽²³⁷⁾, étant entendu que les régimes matrimoniaux se succèdent alors sans rétroactivité. Ce qui a pu créer une confusion, c'est qu'il y a un autre point de vue à considérer, mais un point de vue de Droit interne : à quelles conditions la société conjugale peut-elle valablement changer de nationalité ? Dans les sociétés ordinaires, le consentement unanime des associés est requis⁽²³⁸⁾. Dans la société conjugale, il en doit être de même. C'est pourquoi — à l'encontre de l'opinion courante, qui attribue au mari un pouvoir arbitraire pour transporter le domicile matrimonial hors des frontières⁽²³⁹⁾ — nous déciderons que le consentement de la femme est indispensable pour que le ménage puisse, en déplaçant son

(235) Arminjon, *Précis de Droit international privé*, II, n° 193.

(236) Comp. en Droit interne, la distinction de l'effet rétroactif et de l'effet immédiat (Roubier, *Les conflits de lois dans le temps*, I, nos 2 et 41-42).

(237) On conçoit que le changement de nationalité du ménage puisse aussi entraîner le changement d'un régime conventionnel dans les hypothèses exceptionnelles où la loi de la nouvelle nationalité est prohibitive du régime primitivement adopté (ex. du Code civil italien, qui prohibe toute espèce de communauté plus large que la communauté réduite aux acquêts).

(238) Arminjon, *op. cit.*, II, n° 194. — Comp. pour les sociétés anonymes, loi du 24 juillet 1867, art. 31, al. 1 (rédaction de la loi du 22 novembre 1913).

(239) C'est, du reste, une opinion purement exégétique, qui n'a d'autre appui qu'un incident des travaux préparatoires. V. Planiol, *Traité élémentaire*, I, n° 920-50.

siège social et ses attaches de fond, changer de nationalité et, partant, de régime. Cette condition est de nature à mettre hors de cause le respect international des droits acquis. Puisque ce sont les conjoints eux-mêmes qui, de leur propre volonté concordante, déclenchent le changement de loi compétente, on conçoit qu'ils doivent renoncer à réclamer, comme un droit internationalement acquis, la prolongation du régime matrimonial primitif. Quant aux tiers, ils ne sont jamais fondés à exiger le maintien de ce régime : ils ont pu, certes, en entrant en relations avec la société conjugale dans son type originel, acquérir des droits ou — selon une terminologie qu'il serait utile d'acclimater en Droit international — se placer dans des situations juridiques concrètes (de créancier, d'acquéreur, etc.), mais ces droits ou ces situations ne sauraient être compromis par le changement de nationalité du ménage, car la substitution du nouveau régime légal à l'ancien s'opère sans rétroactivité, de façon à n'abolir en rien la vie passée de la société conjugale, telle qu'elle s'est déroulée, génératrice de droits acquis ou de situations juridiques concrètes, sous l'empire de la législation primitivement compétente. Mais voici un cas plus discutable : c'est celui où la loi de la première nationalité du ménage sanctionne impérativement l'immutabilité du régime matrimonial. La question ne se confond pas, du reste, avec celle que nous avons précédemment étudiée touchant l'immutabilité des conventions matrimoniales. Le conflit s'élevait alors autour de la validité d'un contrat de mariage postnuptial, entre la loi nationale du ménage et la loi personnelle des époux pris individuellement : on était en matière de régimes conventionnels, et la nationalité du ménage était supposée constante. Maintenant, nous sommes surtout en matière de régime légal, et la nationalité du ménage a, par hypothèse, varié : le conflit fait intervenir un élément particulier, un élément de temps,

en opposant deux lois nationales correspondant aux nationalités successives de la société conjugale. Il s'agit de savoir si la première de ces lois peut annihiler d'avance, par une de ses dispositions, la compétence rationnelle de la seconde. Quand on y réfléchit bien, en se rappelant que le respect international des droits acquis n'est point en cause, on se convainc qu'une telle prétention n'est pas facilement admissible. Ce que l'on aurait compris, c'est que la jurisprudence fit de l'immutabilité du régime une sorte de corollaire de la vieille maxime : *Nemo potest exuere patriam*, qui, à beaucoup d'égards, continue à inspirer notre conception de la nationalité. Elle se serait servie de l'article 1395 comme d'une chaîne pour retenir dans le giron de la France des ménages de Français natifs, expatriés, en leur imposant une sujétion perpétuelle au régime légal de notre Droit. Elle aurait, à l'opposite, brisé le principe d'immutabilité édicté par une loi étrangère, quand il aurait eu pour résultat de river à leur régime national primitif les ménages d'immigrants fixés sur notre sol et de retarder ainsi leur assimilation désirable à l'ambiance française. L'immutabilité du régime matrimonial aurait été d'ordre public de la part du législateur français, et contraire à l'ordre public de la part du législateur étranger. On ne peut pas dire, certes, que ces tendances, un peu paradoxales de prime abord, soient reçues dans notre Droit positif ⁽²⁶⁰⁾. Elles commencent déjà, cependant, à percer en législation ⁽²⁶¹⁾.

Les procédés ainsi dégagés pour la détermination de la nationalité du ménage trouvent leur application sous tous les régimes matrimoniaux, puisque tout régime constitue,

(260) On en décèlerait peut-être quelques traces dans Crim., 12 juin 1874, S., 78. 1. 45.

(261) V. le projet de loi récemment présenté à la Société d'études législatives sur le statut des étrangers en France, art. 21, 26, et la discussion (*Bulletin*, 1930, p. 142-143).

en règle, une société conjugale personnifiée. Mais le régime dotal, lui, donne naissance à deux personnes morales : la société conjugale et la fondation dotale. Comment sera déterminée la nationalité de la fondation dotale ? Il sied de se reporter à ce que nous avons exposé touchant la nationalité des fondations en droit commun. La fondation dotale, comme toute fondation, ne peut se rattacher, par un lien de nationalité, qu'au territoire où elle fonctionne effectivement, c'est-à-dire au territoire où sont situés les biens affectés à son œuvre : biens frappés directement d'inaliénabilité dotale ou paraphernaux à dotalité incluse. Que si ces biens sont dispersés en plusieurs pays, il y aura autant de fondations dotales, pourvues de nationalités distinctes, que de territoires. La nationalité de la fondation dotale est donc théoriquement indépendante de la nationalité du ménage, ce qui paraît logique quand on se rappelle que la dotalité est un élément détaché, susceptible de se greffer indifféremment sur un type quelconque de société conjugale. Il ne faut même pas songer à adapter à la fondation dotale le double critérium que nous avons utilisé dans la recherche de la nationalité du ménage. Certes, on concevrait sans peine que la nationalité de la fondation dotale fût déterminée cumulativement par le lieu du domicile matrimonial, centre de l'administration de la fondation, et par le territoire vers lequel est orienté le faisceau principal de ces intérêts collectifs de famille auxquels la dotalité a pour mission de pourvoir. Un tel système semblerait logique : de fait, il s'appliquera en pays tiers, quand, par exception, la nationalité de la fondation dotale sera mise en cause devant un tribunal relevant d'une souveraineté qui n'est pas intéressée dans le débat. Mais, dans les limites de l'Etat où sont sis les biens dotaux, aucune juridiction ne peut accepter que la fondation dotale poursuive ses fins sous une nationalité étrangère. Vainement argumente-

rait-on de la notion de patrimoine dotal pour soutenir que ce patrimoine postule un rattachement unique au domicile de la personne qui en est titulaire. La nature de la dot, en tant qu'universalité juridique, cède ici devant la considération supérieure de l'ordre public. Par son but, comme par ses moyens de réalisation, la dotalité ne cesse pas de mettre en jeu l'ordre public du territoire où elle fonctionne : par son but, parce que l'œuvre à laquelle elle tend, la conservation des fortunes dans les familles, peut heurter les conceptions politiques et sociales dominantes; — par ses moyens de réalisation, parce que l'inaliénabilité et l'insaisissabilité, sous lesquelles elle se manifeste, sont susceptibles de contrarier l'organisation juridique de la propriété, spécialement de la propriété foncière. Le fonctionnement d'une fondation dotale étrangère, dans un pays donné, appellerait donc un contrôle constant et intégral, exercé au nom de l'ordre public, contrôle qui réduirait à néant la portée du rattachement étranger. Il est à la fois plus pratique et plus rationnel de décider, d'emblée, que la fondation dotale ne pourra opérer sur un territoire qu'après avoir emprunté la nationalité correspondant à ce territoire. Peu importe, par conséquent, si la constitution de dot est universelle ou relative à des objets isolés; peu importe même — puisque le Droit international privé localise les meubles, corporels ou incorporels, au même titre que les immeubles — peu importe la classe de biens que frappe la dotalité. *Une formule très générale se dégage, c'est que la nationalité de la fondation dotale est déterminée par le territoire de la situation réelle des biens dotaux.* Est-ce cette formule qui est appliquée dans notre Droit positif? Il est à prévoir, ici encore que la jurisprudence, tout en se gardant de consacrer ouvertement la nationalité de la fondation dotale, laisse transpirer son état d'esprit à l'occasion du conflit des lois. En l'espèce, d'ailleurs, la solution du conflit des lois pré-

sente une double signification. On recherche la loi compétente, non pas seulement, comme à l'ordinaire, pour régler la structure et le fonctionnement de l'organisme litigieux, mais surtout, et préalablement, pour décider de l'existence même de la personne morale. C'est là une question qui ne se pose pas sous les autres régimes matrimoniaux, car il n'est pas de législation qui ne sanctionne un certain type minimum de société conjugale, tandis qu'il en est beaucoup qui n'admettent pas la possibilité d'une fondation dotale. La notion de sujet de droit conduisant à la compétence de la loi nationale, tout revient à se demander, dans chaque cas, si la loi corrélative à la nationalité dont pourrait se réclamer l'hypothétique fondation dotale, reconnaît bien cette catégorie de personnes morales. A supposer que notre formule de la nationalité de la fondation dotale soit exacte, c'est donc, en fin de compte, par un rattachement rigoureusement territorial que se résoudra le conflit des lois en matière de dotalité; et il est à présumer que, dans les motifs jurisprudentiels, la loi nationale de la personne morale se dissimulera entièrement derrière la loi de la situation des biens dotaux. Les choses se passent-elles ainsi? Un point, d'abord, est certain : c'est que, malgré les invitations d'une partie considérable de la doctrine ⁽²⁶²⁾, la jurisprudence se refuse à faire dépendre la dotalité de la loi voulue par les époux et rompt, sous le régime dotal, avec le principe de l'autonomie de la volonté, qu'elle affiche si carrément ailleurs, preuve, parmi tant d'autres, que ce principe n'est pour elle qu'un faux prétexte, dont elle n'hésite pas à se débarrasser, quand il risquerait de l'amener à des conséquences pratiques indésirables. La loi

(262) Demolombe, I, nos 85-86; Aubry et Rau, I, § 31, texte et note 20; Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, III, n° 1669; Despagnet et de Bœck, *op. cit.*, n° 333.

d'autonomie étant écartée de la sorte, il faut nécessairement choisir entre deux systèmes, dérivés respectivement des deux conceptions classiques touchant la nature juridique de la dotalité. Ceux qui regardent la dotalité comme une incapacité spéciale sont logiques en la faisant entrer, selon la vieille terminologie, dans le statut personnel et en la soumettant, à ce titre, à la loi nationale de l'épouse ⁽²⁶³⁾. Ceux qui se rallient à l'idée d'indisponibilité ont raison de parler de statut réel et d'affirmer la compétence de la *lex rei sitæ* ⁽²⁶⁴⁾. C'est cette dernière opinion qui cache dans ses replis la notion de nationalité de la fondation dotale. Remarquons, au reste, que, sous l'empire du Code civil, le problème n'a pas été soulevé très fréquemment devant les tribunaux, sans doute parce que la dotalité est, de nos jours, en tous pays, un régime exceptionnel : les décisions qui en traitent véritablement sont clairsemées et émanent de juridictions inférieures. Plutôt que dans ces décisions, la pensée profonde de la jurisprudence doit être cherchée dans l'impressionnante série d'arrêts par laquelle la Cour suprême, au début du ^{xix}^e siècle, trancha des conflits interprovinciaux nés sous l'empire de l'ancien Droit, en se prononçant pour une franche application du statut réel. Le point de départ de la série semble être l'arrêt solennel de Crotat, rendu par les Chambres réunies le 27 février 1817. L'arrêt est relatif à l'hypothèse particulière de l'inaliénabilité normande, mais il contient un attendu général et caractéristique, proclamant que les institutions de ce genre, qui ont en vue les intérêts de la famille, sont essentiellement de statut réel ⁽²⁶⁵⁾. Plusieurs arrêts viennent, par la suite,

(263) Renault, *Revue critique*, 1885, p. 582-583; Guillouard, IV, n° 1841; Pillet, *Traité pratique*, I, n° 332.

(264) Fœlix, *op. cit.*; I, n° 60; Odier, I, n° 55; Troplong, III, n° 3317.

(265) Chambres réunies, 27 févr. 1817, S., 17. 1. 122.

confirmer une telle conception de la dotalité ⁽²⁶⁶⁾, notamment sous l'angle de la coutume d'Auvergne, ce qui est d'autant plus remarquable que, dans l'ancien Droit, on avait longuement douté, à l'occasion de cette coutume, de la nature réelle du statut de dotalité ⁽²⁶⁷⁾. Que si le lecteur souhaite que la jurisprudence lui soit présentée dans des tons moins désuets, il n'est d'autre moyen de le satisfaire que de laisser défiler sous ses yeux les décisions modernes, mais peu systématiques, du Tribunal civil de la Seine. En 1884, par le jugement Palacios, ce tribunal donne son adhésion au système de l'incapacité renforcée : il déclare que la dotalité, stipulée par une Espagnole sur des titres de rente localisés en France, est régie par la loi nationale de l'épouse ⁽²⁶⁸⁾. En 1899, revirement : le jugement Luc et Cie dispose que les parties ne peuvent se prévaloir de l'inaliénabilité dotale dans un pays où la législation locale répudie cette inaliénabilité comme portant atteinte à l'ordre public intérieur ⁽²⁶⁹⁾. On répète que

(266) Cass. civ., 2 mai 1825 (de Maconnex), D., 25. 1. 311; Req., 11 août 1825 (Couturier), D., 25. 1. 407; Req., 4 mars 1829 (Levieux), S., 30. 1. 191; Req., 11 janv. 1831 (Lafitte), D., 31. 1. 51; Req., 11 avril 1834 (Lizet), S., 34. 1. 242; Civ., 25 mars 1840 (d'Ussel), S., 40. 1. 630; Req., 5 juill. 1842 (Courby), S., 42. 1. 681.

(267) C'est ainsi que Boullenois, qui défend l'idée de statut réel dans les *Questions sur les démissions de biens* (Quest. 6, p. 87-88), se montre ailleurs plus réservé (*Traité de la réalité et de la personnalité des statuts*, tit II, chap. I, obs. XVI, t. I, p. 213 et suiv.); Froland (*Mémoires concernant les statuts*, I, p. 1007), finit par se décider (bien qu'en tremblant, selon son propre aveu) en faveur du statut personnel. C'est de même pour le statut personnel que se prononce Bouhier (*Observations sur la Coutume de Bourgogne*, chap. XXVII, nos 14-36); il est vrai que son grand argument, exégétique avant la lettre, est tiré de l'intention du législateur *uxorius*. C'étaient là, du reste, autant d'opinions purement doctrinales : dès avant 1789, la jurisprudence avait admis que la dotalité instituée par la Coutume d'Auvergne ressortissait au statut réel (Parlement de Paris, 29 août 1711, arrêt cité par Boullenois, *Quest. sur les démissions de biens*, p. 87).

(268) Trib. civ. Seine, 1^{re} ch., 20 août 1884, *Clunet*, 1885. 76.

(269) Trib. civ. Seine, 1^{re} ch., 12 janv. 1899, *Clunet*, 1899. 346. Le jugement rendu par la même Chambre, le 16 mars de la même année (*Clunet*,

cette solution causa, en son temps, une véritable surprise. C'est cette surprise qui paraît aujourd'hui surprenante, car le jugement Luc et Cie ne faisait que revenir aux traditions jurisprudentielles de la dotalité-statut réel. Enfin, en 1926 et 1927, le Tribunal de la Seine, au sujet d'une même dame Betts-Brown, a rendu deux décisions qui se contredisent nettement, mais qui ont, l'une et l'autre, à leur base un rattachement strictement territorial de la dotalité. Il s'agissait d'un *trust* de droit anglais : l'insaisissabilité qui en résultait au profit de l'épouse pouvait-elle frapper, à l'encontre de créances nées en France, des biens situés sur le territoire français ? La 2^e Chambre du Tribunal a admis l'affirmative, en arguant que la législation française organise une institution semblable sous le couvert de la dotalité (270). La 3^e Chambre, au contraire, a repoussé la validité d'une telle combinaison, sous prétexte qu'une insaisissabilité occulte serait désastreuse pour la morale et pour le crédit (271). Le système de la 2^e Chambre est très significatif : il n'ouvre au *trust* anglais les frontières de la France qu'après l'avoir recoupé à la mesure de la dotalité française, qu'après l'avoir francisé. C'est reconnaître, sur le plan de la personnalité morale, qu'une fondation dotale ne peut poursuivre son œuvre qu'avec la nationalité du pays où elle prétend fonctionner. Le jugement de la 3^e Chambre ne renie pas, en somme, ce point de vue, seulement il l'obnubile par une autre con-

1899, p. 744 et suiv., spécialement, p. 768), dans le règlement de la succession de la reine Marie-Christine, ne doit pas être considéré comme une nouvelle volte-face. Le tribunal a pu, sans se contredire, qualifier incapacité, et non indisponibilité, une institution singulière de la législation pontificale, institution qui n'avait que de lointaines ressemblances avec la dotalité française.

(270) Trib. civ. Seine, 2^e ch., 22 déc. 1926, *Revue de Droit international privé*, 1927, p. 70.

(271) Trib. civ. Seine, 3^e ch., 23 févr. 1927, *Revue de Droit international privé*, 1927, p. 263.

sidération : à savoir que la fondation dotale, pour acquérir personnalité et nationalité sur un territoire, doit y avoir rempli, au préalable, des formalités de publicité. De cette exigence supplémentaire le bien-fondé, d'ailleurs, nous apparaît très contestable : nous observerons, avec M. Lepaule, que notre législation tolère maintes insaisissabilités clandestines ⁽²⁷²⁾, et nous ajouterons que, dans la fondation dotale elle-même, l'affectation de la dot incluse, en Droit interne, se réalise encore aujourd'hui, en beaucoup de cas, malgré les tendances restrictives de la Cour suprême, sans que les tiers puissent être avertis par une publicité adéquate. Quoi qu'il en soit, il n'est pas douteux que l'affaire Betts-Brown, sous ses deux faces anti-thétiques, a vu triompher, une fois de plus, la compétence de la loi de la situation des biens dotaux et a consacré implicitement, du même coup, la nationalité de la fondation dotale dans son essence d'exclusive territorialité.

c) CONSÉQUENCES DE LA NATIONALITÉ DU MÉNAGE.

Ici, comme en matière de sociétés ordinaires, deux ordres de conséquences doivent être distingués : jouissance des droits, conflit des lois.

Jouissance des droits. — Seule la société conjugale de nationalité française est admise, d'emblée, à se prévaloir de l'ensemble des droits sanctionnés par notre législation. La personnalité morale est le premier et le plus synthétique de ces droits. Mais, en réalité, notre jurisprudence ne le refuse point aux ménages étrangers, dès lors que leur propre législateur le sanctionne, car elle n'hésite pas à projeter *erga omnes*, sur le territoire français, les effets d'un régime matrimonial contenant des éléments internationaux de rattachement. Elle ne semble même pas, en

(272) Lepaule, *De la validité des trusts en France* (Revue de Droit international privé, 1927, p. 309-314).

général, subordonner cette reconnaissance de la personnalité à l'accomplissement préliminaire de la publicité organisée par la loi française, notamment par la loi du 10 juillet 1830 (273). Quant aux droits privés, on sait que l'infériorité de la condition juridique des personnes morales étrangères est, pratiquement, très peu marquée en France. Cela n'empêche pas que, pour la jouissance de certains droits, il y aurait intérêt à faire apparaître la nationalité de la société conjugale. Pourquoi ne pas accorder, par exemple, le bénéfice de la prorogation en matière de loyers (L. 1^{er} avril 1926, art. 4), du moins pour les locaux d'habitation nécessaires au ménage, à une société conjugale qui, bien que formée entre époux étrangers, constitue une société française selon le double critère que nous connaissons ? Ce ne serait pas d'une interprétation plus hardie que d'attribuer le même bénéfice à une société en nom collectif, composée de deux associés étrangers, et française cependant. On pourrait, dans cette voie, s'appuyer sur des dispositions légales, qui font accéder à tel ou tel droit spécial, normalement réservé aux nationaux, des catégories entières d'étrangers, désignées de telle façon que, très souvent, par-dessus la tête de l'individu aubain, ce sera le ménage français, auquel il participe, qui aura, en réalité, la jouissance du droit (274), comme si le législateur, par un de

(273) Comp. *Répertoire de Droit international*, V^o *Communauté conjugale*, nos 138-162. — Nous avons signalé, plus haut, les difficultés qui ont été récemment soulevées quant à la publicité de la fondation dotale. Indiquons encore que, d'après la jurisprudence, les jugements de séparation de biens, prononcés par des tribunaux étrangers entre Français ou étrangers, ne peuvent être exécutés en France, d'une manière opposable aux tiers, qu'après avoir reçu la publicité prévue dans les articles 1443, C. civ., et 872, C. proc. (Cass. civ., 19 déc. 1892, S., 93. 1. 369, note Pillet). Mais on doit observer que cette exigence concerne beaucoup plus la dissolution de la société conjugale primitive que la constitution d'une nouvelle société conjugale sous la forme du régime de séparation de biens.

(274) V. par exemple loi du 9 avril 1898 sur les accidents du travail, art. 3 *in fine*; loi du 15 décembre 1922, étendant cette législation aux

ces procédés empiriques qui lui sont familiers, avait privilégié en bloc les personnes physiques afin de rendre approximativement justice à la personne morale. Mais il faut bien dire que notre jurisprudence n'est pas orientée dans ce sens. Allons plus loin : elle ne paraît pas même soupçonner qu'il y ait un problème de la condition juridique des ménages étrangers ⁽²⁷⁵⁾, tant elle est obsédée par le point de vue du conflit des lois.

Conflit des lois. — Après les développements qui ont été précédemment consacrés à la détermination de la nationalité du ménage, il ne reste plus grand'chose à dire au sujet du conflit des lois. Cela s'explique : le cadre jurisprudentiel s'imposait à nous; or, la jurisprudence, pour la société conjugale comme pour la société ordinaire, a amalgamé la question de la nationalité à la question du conflit des lois, si intimement que, voulant les séparer, nous avons dû préalablement les résoudre. Il faut donc se borner ici à faire la synthèse des conclusions antérieure-

exploitations agricoles, art. 10. On doit considérer, en effet, que les indemnités et rentes allouées pour accidents du travail, soit à la victime, soit au conjoint survivant ou aux enfants mineurs de seize ans — alors même que, sous aucun régime, voire sous le régime de communauté, elles n'entreraient directement dans le fonds social (Comp. Req., 13 avril 1921, D., 22. 1. 5, note de M. Capitant) — sont, en réalité, affectées aux intérêts du ménage (qui peuvent survivre à sa dissolution) et, comme telles, en relation avec la notion de société conjugale. Or ici la condition de résidence fait présumer la nationalité française du ménage. Comp. loi du 30 juin 1926 sur la « propriété commerciale », dans son renvoi, devenu caduc, à l'article 8 C. civ., § 5, al. 1, 3 et 4 (on n'oubliera pas que, sous tous les régimes, la société conjugale est intéressée à, titre de participante, dans l'entreprise de l'époux commerçant).

(275) Sur un point, toutefois, il se peut qu'elle ait eu l'intuition du problème. On sait que nos tribunaux refusent, en principe, aux étrangers le droit de plaider entre eux devant une juridiction française. Or ils se déclarent compétents pour juger une action en séparation de biens entre époux étrangers, lorsque se trouvent réunis, en fait, les éléments qui, selon nous, déterminent la nationalité française du ménage : domicile matrimonial et attaches de fond (Req., 7 mars 1870, S., 72. 1. 361. Comp. Paris, 13 mars 1879, S., 79. 2. 289). Cela se conçoit : derrière les personnes physiques étrangères, c'est, en réalité, une personne morale française qui réclame l'intervention de notre justice.

ment dégagées. Commençons par mettre à part tout ce qui est relatif, dans le régime matrimonial, aux actes juridiques dont la société-organisme est médiatement issue. C'est ainsi que la formation, l'expression et l'intégrité du consentement des futurs époux aussi bien dans le mariage que dans les conventions matrimoniales, doivent être appréciées d'après la loi du lieu où ces actes juridiques sont passés; que leur capacité générale de participer à de tels actes ressortit à la loi personnelle de chacun d'eux. Mais, en dehors de là, *la loi nationale de l'organisme (société conjugale ou fondation dotale) exerce un empire exclusif*. Elle est seule qualifiée pour régir la personne morale à tous les moments de son existence, dans sa structure comme dans son fonctionnement, seule compétente pour imposer des règles impératives ou prohibitives, pour poser des règles supplétives ou interprétatives et, par conséquent, pour déterminer, à défaut de mariage, le type de société conjugale auquel seront soumis les époux. Au terme de nos recherches, nous faisons cette constatation, un peu inattendue, que la solution du conflit des lois n'est pas, au fond, immédiatement commandée par la conception que l'on peut adopter touchant le mécanisme générateur des régimes matrimoniaux. Ce qui est essentiel en l'occurrence, ce n'est pas de savoir que la loi opère ici par un effet direct, c'est de reconnaître qu'elle donne naissance à une société-organisme, à une personne morale. Le processus de génération importe beaucoup moins, en l'espèce, que la nature juridique de l'institution engendrée. Pour avoir négligé ce point, pour s'être par trop passionnées au duel du contrat tacite et de l'effet légal, la jurisprudence et la doctrine contemporaines se sont butées, sur le terrain du conflit des lois, dans une opposition stérile et sans issue. Nous coïncidons avec la jurisprudence quant aux solutions positives, mais nous répudions, comme un principe faux, la compétence

de la loi d'autonomie. Nous concédons à la doctrine moderne que le régime matrimonial appelle, de sa nature, la compétence impérative d'une loi nationale; seulement, écartant comme artificiel le rapprochement des effets personnels et des effets patrimoniaux du mariage, nous croyons trouver cette compétence, non pas dans la loi nationale de l'un des conjoints pris individuellement, mais dans la loi nationale de la société conjugale personnifiée. De la sorte, notre position échappe aux tenailles du dilemme traditionnel, ou plutôt, avec notre position, le dilemme traditionnel s'évanouit.

§ 4. — *Le régime matrimonial en face de la règle de la non-rétroactivité des lois.*

Nous avons effleuré précédemment le problème du respect international des droits acquis. Il est certain que ce problème ne va pas sans quelque ressemblance, au moins extérieure, avec la question de la non-rétroactivité des lois, telle que la pose l'article 2 du Code civil. On discute, en doctrine, s'il s'agit d'une correspondance parfaite ou seulement d'une lointaine analogie. Peu importe ici : une particularité de notre matière suffit à différencier les deux notions et à justifier pour chacune d'elles un traitement séparé. Nous savons que, si le changement de loi compétente, consécutif à une modification de la nationalité du ménage, ne peut pas être regardé comme lésant des droits internationalement acquis aux époux, c'est que ce changement est un changement *volontaire*, déclenché par les intéressés eux-mêmes. Au contraire, le changement de législation, que produit, en Droit interne, la promulgation d'une loi nouvelle, est essentiellement un changement *imposé*; on ne peut donc plus, comme précédemment, admettre *a priori* qu'un tel changement n'est pas susceptible de porter atteinte — selon la terminologie classique —

aux droits acquis des conjoints. Au fond, ce qui caractérise en propre notre hypothèse, par rapport à l'hypothèse antérieure, c'est que la volonté des parties n'intervient pas dans la succession des lois compétentes. Aussi ferons-nous logiquement entrer dans l'objet du présent paragraphe la détermination des effets d'une annexion de territoire sur le régime matrimonial des individus annexés. Sans doute, la question ressortit-elle au Droit international, puisque la substitution d'une compétence législative à une autre n'a lieu, en pareil cas, que par l'intermédiaire d'une modification de la nationalité du ménage; seulement cette modification de nationalité résulte, non plus d'une option des intéressés, mais de la force contraignante d'un traité : ici, comme en Droit interne, les intérêts privés ont donc besoin d'être protégés par l'interprète, sur la base de l'article 2 du Code civil, contre des empiétements de la législation nouvelle hors de sa compétence rationnelle dans le temps.

Que la loi nouvelle ne puisse, dans le silence du législateur ⁽²⁷⁶⁾, revenir sur les effets de droit qu'un régime matrimonial a déjà complètement épuisés sous l'empire de la loi ancienne, cela va de soi. Mais le principe de la non-rétroactivité des lois a une portée qui dépasse cette conception purement formelle. Et c'est là que gît la difficulté : est-ce que le juge peut, sans violer l'article 2 du Code ci-

(276) Il ne messied pas de rappeler que, la règle de la non-rétroactivité n'étant pas d'ordre constitutionnel, le législateur peut — par une disposition formelle, dont il y a des exemples en matière de régime matrimonial — imprimer des effets rétroactifs à la loi nouvelle. V. ainsi l'article 44 de la loi du 13 juillet 1907, et comp. d'ailleurs, sur la signification limitée de cette rétroactivité, Req., 2 févr. 1914, S., 14. 1. 208. De même, dans le cas d'une annexion de territoire ou de la réintégration d'un territoire désannexé, le législateur, en vue de hâter l'assimilation des ménages ainsi naturalisés, peut soumettre, d'une manière plus ou moins absolue, les régimes matrimoniaux existants à la loi nouvelle. C'est ce qui a été fait en Alsace-Lorraine par la loi du 1^{er} juin 1924, dans d'importantes dispositions transitoires (art. 127 et suiv.).

vil, soumettre à la compétence de la loi nouvelle, même pour leurs effets postérieurs à la promulgation de cette loi, des régimes matrimoniaux nés sous l'empire de la loi ancienne ? La doctrine classique répond par la négative, en partant de son idée préconçue touchant le mécanisme générateur du régime matrimonial : puisque tout régime dérive d'un contrat, exprès ou tacite, il convient de se référer ici au droit commun des contrats. Or, il est constant que les contrats sont indéfiniment régis, de droit commun, par la loi en vigueur à l'époque où ils ont été passés ⁽²⁷⁷⁾. On conclut, en particulier, dans cette doctrine, que la loi nouvelle, qui vient changer le type même du régime légal ou, du moins, modifier un détail du régime légal préexistant, ne peut s'appliquer, en vertu de la notion de convention tacite, qu'aux époux mariés postérieurement à sa promulgation ⁽²⁷⁸⁾. Mais les partisans de la notion courante d'effet légal prétendent arriver à des conclusions identiques, avec un point de départ différent ⁽²⁷⁹⁾ : « Alors même, écrivent MM. Planiol, Ripert et Nast, qu'on se refuse à considérer le régime matrimonial légal comme un régime conventionnel tacite, la règle demeure la même. Bien qu'une disposition légale nouvelle doive, en principe, recevoir immédiatement application, il serait contraire à l'intérêt social, aussi bien qu'à la sécurité des époux mariés sans contrat, que le législateur puisse bouleverser l'organisation du régime matrimonial des gens antérieurement mariés en substituant à cette organisation un régime nouveau. Ceux-ci ont légitime-

(277) Comp. Cass. civ., 7 juin 1901 (D., 1902. 1. 105).

(278) En ce sens : Chabot, *Questions transitoires*, v^o *Communauté conjugale*, I, p. 29; Merlin, *Répertoire*, v^o *Effet rétroactif*, sect. 3, § 3, art. 3, n^o 1; Duranton, I, n^o 59; Aubry et Rau, I, § 30, texte et note 43; Laurent, I, n^o 210; Guillouard, I, n^o 340; Huc, n^o 67 et 81; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *Des personnes*, I, n^o 158-2^o; Colin et Capitant, I, p. 53.

(279) Odier, I, n^{os} 60 et suiv.; Planiol, Ripert et Nast, I, n^o 10. — Comp. Roubier, I, n^{os} 46 et 71.

ment pu compter sur le maintien du régime sous lequel ils se sont mariés, et il n'y a aucune raison impérieuse pour décevoir leur attente. Le fondement le plus solide du principe de la non-rétroactivité des lois n'est-il pas l'utilité ou même la nécessité qu'il y a à ne pas troubler des situations antérieurement établies et à assurer aux individus une certaine sécurité juridique ? » L'argumentation ne paraît pas très probante : elle vaut, certes, pour justifier, du point de vue de la science, la maxime de l'article 2 du Code civil, mais elle ne saurait expliquer, sur le terrain de la technique, le processus par lequel le régime légal, même envisagé dans le déroulement ultérieur de son fonctionnement, est soustrait à la compétence de la loi nouvelle. Il faut aller jusqu'à taxer Planiol et ses collaborateurs d'illogisme. La notion d'effet légal, telle qu'ils la comprennent — en tant qu'effet légal du mariage, comparable aux effets personnels — devrait les conduire, en droite ligne, à accepter ici cette rétroactivité qui leur semble toute naturelle pour des effets personnels, comme l'incapacité de la femme mariée ⁽²⁸⁰⁾. Or, ils n'en font rien. C'est dire qu'après avoir maintes fois reproché à la thèse contractualiste de scinder les effets personnels et les effets patrimoniaux du mariage, ils n'hésitent pas à se livrer au même procédé pour les besoins de la cause. En face de conceptions aussi peu systématisées, la doctrine classique, ayant à sa base l'idée de contrat, et par là la notion de droit acquis, conserve, au moins, le mérite d'une logique incontestable. Cela n'empêche pas que, là comme ailleurs, le juriste aurait tort de se laisser emprisonner dans un dilemme.

La clef de la difficulté doit être cherchée, selon nous, dans la distinction de la situation juridique abstraite et de la situation juridique concrète ⁽²⁸¹⁾. Ces deux notions ont

(280) Planiol, *Traité élémentaire* (11^e éd., par Ripert), I, n° 260.

(281) Comp. Bonnecase, *Supplément au Traité de Baudry-Lacantinerie*, II, nos 1-247.

déjà été définies (282), mais elles s'éclairent maintenant d'un jour tout particulier, au sein du mécanisme générateur des régimes matrimoniaux. Tout régime matrimonial, avons-nous dit, constitue une société-organisme, engendrée par un effet direct de la loi sous l'impulsion d'un acte juridique. Cet acte juridique, en déclenchant l'institution du régime matrimonial, met en mouvement, au profit ou à l'encontre des époux, l'ensemble des avantages et des obligations inhérents au fonctionnement de la société conjugale et, du même coup, confère positivement à chaque conjoint la situation juridique concrète d'associé. Le même acte-déclat qui provoque l'apparition de la société-organisme fait passer de l'abstrait au concret la situation des époux dans cette société. Or, le critérium de la non-rétroactivité d'une loi nous semble résider dans le respect intégral des situations juridiques concrètes. Dès lors, en l'absence de prévisions du législateur, tout se ramène, pour le juge à une vérification de dates. La loi nouvelle est-elle antérieure à l'acte juridique qui a déclenché le régime matrimonial, elle gouvernera, et gouvernera seule, la société conjugale qui en est issue, car son application ne saurait jamais traverser que des situations juridiques abstraites, des vocations platoniques. La loi nouvelle est-elle, au contraire, postérieure à l'acte juridique-déclat, elle est radicalement incompétente pour régir la société conjugale ainsi déclenchée, sur un point quelconque de sa structure ou de son fonctionnement et à un moment quelconque de sa durée, parce qu'elle se heurte à des situations juridiques concrètes, nées au profit des conjoints associés. Mais que faut-il entendre par acte-déclat ? Nous savons que cet acte varie selon les types de régime. Pour le régime légal, pas d'hésitation, ce ne peut être que l'acte de mariage lui-même : il faut

(282) V. plus haut, p. 253.

décider, en conséquence, qu'une réforme du régime légal est inapplicable, sous peine d'être rétroactive, à tous les couples mariés avant la promulgation de la loi nouvelle. Pour le régime de séparation de biens judiciaire, l'acte-déclat, c'est le jugement : cela conduit à admettre qu'une loi, entrée en vigueur après le mariage, mais avant le jugement définitif de séparation, a compétence pour régler la société conjugale engendrée à la suite de ce jugement. En ce qui concerne les régimes conventionnels, on est tenté de croire, dans la doctrine classique, que les époux ont, dès l'instant du contrat de mariage, un droit acquis au maintien de la réglementation actuelle du régime par eux choisi. Nous avons vu, pourtant, que les conventions matrimoniales ne constituent en soi qu'une table d'attente, et que c'est, en réalité, le mariage qui donne le coup de pouce décisif par lequel est mis en marche le mécanisme légal générateur de la société conjugale conventionnelle. C'est donc le moment du mariage, non du contrat de mariage, qu'il importe de considérer pour déterminer si une loi est ou non rétroactive. Sans doute, la forme du contrat de mariage doit-elle être toujours appréciée d'après la loi contemporaine de la passation du contrat, tout comme, par exemple, dans la séparation de biens judiciaire, la validité d'une procédure accomplie demeure intangible, malgré la survenance d'une réforme procédurale avant le jugement définitif. Mais, en dehors de là, il est certain que, dans la période constitutive, c'est-à-dire dans l'intervalle qui sépare le contrat de mariage et le mariage, les époux n'ont encore qu'une situation juridique *abstraite* d'associés : aussi une loi nouvelle, promulguée sur ces entrefaites, peut-elle prétendre, sans être entachée de rétroactivité, soumettre à sa compétence la société conjugale qui va naître. En somme, si l'on excepte le cas particulier de la séparation judiciaire, c'est toujours la date de la célébration du mariage qui, irrévo-

cablement, clôt la liste de la législation applicable à un régime matrimonial quelconque. Le système que nous préconisons de la sorte semble cadrer, dans ses traits généraux, avec les solutions positives de la jurisprudence. Nos tribunaux ont eu à se prononcer sur le problème, non seulement au sujet des questions transitoires soulevées par la mise en vigueur du Code Napoléon ⁽²⁸³⁾, mais encore, plus récemment, au sujet des nombreux conflits suscités par l'annexion de la Savoie à la France ⁽²⁸⁴⁾. C'est à cette dernière occasion que la Cour suprême a rendu, dans des affaires Barral et Vuagnat, en 1863 et 1899, deux décisions caractéristiques ⁽²⁸⁵⁾, où l'on remarquera que la considération de la date du mariage n'a nullement été sacrifiée, bien qu'il s'agît de régimes conventionnels, à la considération de la date du contrat de mariage. Il serait donc par trop superficiel de réduire une telle jurisprudence à l'idée de convention, expresse ou tacite. Si une formule peut synthétiser le point de vue jurisprudentiel, ce ne saurait être que celle-ci : à savoir que, *par application du droit commun des sociétés* ⁽²⁸⁶⁾, la société conjugale est régie,

(283) V. par ex. Rouen, 21 avril 1809 (S., 1809. 2. 327); Cass. req., 21 avril 1813 (S., 14. 1. 132); et deux arrêts, rendus par la Chambre civile, le 27 janvier 1840, l'arrêt Dayez (S., 40. 1. 237) et l'arrêt Cuvelier (S., 40. 1. 260).

(284) V. par ex. Chambéry, 29 oct. 1888 (D., 90. 2. 231), et 1^{er} avril 1896 (D., 96. 2. 432).

(285) Req., 14. juill. 1863, S., 63. 1. 333; Civ., 26 juill. 1899, D., 1903. 1. 189. — On lit dans l'arrêt Barral que les effets d'une séparation de biens doivent être réglés par la loi contemporaine du mariage. Mais cela ne contrarie nullement la solution préconisée au texte : l'arrêt, en effet, n'envisage la séparation judiciaire qu'en tant que mode de dissolution du régime primitif, non en tant que régime autonome, déclenché par un jugement. Quant à l'arrêt Vuagnat, relatif à une affaire où un conflit de lois dans l'espace chevauchait sur le conflit de lois dans le temps, on ne peut s'empêcher de relever qu'il illustre, de façon parfaite, ce qui a été dit précédemment touchant la détermination de la nationalité du ménage sous les régimes conventionnels.

(286) V. par ex. Req., 29 mars 1876, D., 76. 1. 493. — Qu'une loi nouvelle ne soit pas applicable d'emblée, aux sociétés ordinaires constituées sous

dans sa structure et dans son fonctionnement, par la loi en vigueur au moment de sa constitution⁽²⁸⁷⁾.

Nous ne voulons pas terminer en laissant dans l'ombre un côté du problème. Nous affirmons que le critérium de la non-rétroactivité des lois, en matière de régime matrimonial, réside dans le maintien intégral, au profit de chaque époux, de sa situation juridique concrète d'associé. Mais quelle est la compréhension de cette situation juridique concrète ? Quels avantages faut-il y inclure, et lesquels en exclure ? Il est, en effet, des avantages qui peuvent échoir aux époux en tant qu'époux, non en tant que membres de la société conjugale : nous faisons allusion aux droits successoraux du conjoint survivant. Il y a coïncidence entre la situation juridique concrète d'associé et la notion de part d'intérêt dans la société conjugale. La part d'intérêt de chaque époux comprend : 1° un droit au partage du fonds social, dans la mesure où le type de société conjugale envisagé comporte un fonds social partageable; 2° et surtout un droit à une part de bénéfices, normaux ou exceptionnels, produits par la société conjugale. C'est justement de certains de ces bénéfices exceptionnels — dont le mode technique de répartition met en jeu l'ordre des décès des associés : pré-

l'empire du droit antérieur, cela semble au-dessus de toute conteste. Pourtant, des auteurs modernes en sont venus à soutenir le contraire, sous couleur de droit institutionnel — par un excès de zèle anticontractualiste, comparable à celui dont nous avons constaté les résultats en matière de nullités du contrat de mariage. V. ainsi Gounot, thèse précitée, p. 271, note 1.

(287) La formule s'adapte aisément à la fondation dotale. Il faut notamment décider qu'une loi nouvelle venant supprimer l'inaliénabilité de la dot ne saurait, sans rétroactivité, s'appliquer aux régimes dotaux en cours, parce qu'une telle application équivaldrait à la suppression d'une catégorie déterminée de personnes morales (Comp. Bonbecase, *Supplément*, II, n° 234); et il n'y aurait pas à distinguer, malgré M. Roubier (*op. cit.*, I, n° 72), selon que l'abolition de la dotalité résulterait d'une loi spécialement promulguée à cette fin ou, au contraire, d'une réforme générale de l'organisation de la propriété.

ciput stipulé pour le cas de survie, attribution des acquêts au survivant, etc, — que l'on peut douter s'ils ressortissent bien à la part sociale des époux, plutôt qu'à leur vocation successorale. Ici, se retrouve la distinction capitale des avantages matrimoniaux et des avantages successoraux. Nous l'avons déjà rencontrée en Droit international privé : nous savons que, suivant que l'emporte l'une ou l'autre qualification, tel ou tel système de rattachement devient applicable⁽²⁸⁸⁾. Mais la distinction n'a pas moins d'importance pour la solution du conflit des lois dans le temps que pour celle du conflit des lois dans l'espace. Suivant que l'on fera prévaloir la qualification matrimoniale ou la qualification successorale, il faudra décider que les conjoints sont placés, par rapport à l'avantage litigieux, dans la situation juridique concrète d'associés ou dans la situation juridique abstraite de successibles⁽²⁸⁹⁾. Au premier cas, il s'agira essentiellement d'un bénéfice social, auquel chaque époux a acquis un droit incommutable dès le jour du mariage et dont la répartition (la mise en paiement, si l'on ose dire) est seule subordonnée à l'éventualité future d'un décès : des lois nouvelles survenues en cours de mariage ne pourront pas ravir à l'époux un tel droit, qui, inclus dans sa part d'intérêt, figure déjà au sein de son patrimoine⁽²⁹⁰⁾. Au second cas, il s'agira

(288) V. plus haut, p. 247 et suiv.

(289) La distinction ne se retrouve point dans toutes les législations. C'est ainsi que le Code civil allemand (art. 200, al. 1), par ses dispositions transitoires, absorbe, sous l'angle du conflit des lois dans le temps, les avantages successoraux dans les avantages matrimoniaux, et traite les uns et les autres comme ressortissant, durant le mariage, à une même situation juridique concrète.

(290) D'après certains théoriciens étrangers, le droit aux bénéfices sociaux, étant soumis à un aléa économique, ne constituerait pas un droit acquis pour l'associé, du moins dans la société anonyme, tant que le montant du dividende n'est pas fixé. V. la réfutation de cette théorie chez Rambert, *Les sociétés de participations et la société anonyme*, thèse Lausanne, 1927, p. 53 et suiv.

d'une simple vocation héréditaire, qui ne se transformera en réalité positive qu'à la mort de l'un des conjoints : dans l'intervalle, une réforme législative pourra, sans encourir le reproche de rétroactivité, altérer ou supprimer pareille vocation. La jurisprudence a souvent eu l'occasion, au début du xix^e siècle, de mettre en œuvre ces idées pour déterminer si des gains de survie, tels que douaire, augment légal, etc., pouvaient, sous l'empire de la législation nouvelle qui les avait abolis, continuer de s'ouvrir au profit d'époux mariés antérieurement à leur abolition. Tout comme, postérieurement, en matière de Droit international privé, elle montra une tendance très nette, très persistante, à faire prévaloir le plus possible la qualification matrimoniale ⁽²⁹¹⁾. Cette élimination du titre successoral n'a-t-elle pas une signification cachée, profonde ? Nous en jugerons mieux à la fin de notre synthèse. Pour l'instant, il nous suffit de dire que, si la jurisprudence se prononça généralement ainsi, ce fut apparemment pour le motif suivant : à savoir que certaines particularités des institutions en cause lui semblèrent — à tort ou à raison — révéler que, dès avant la dissolution du mariage, ces gains de survie étaient assortis — comme des bénéfices éventuels dans une part sociale — de voies de droit destinées à les sauvegarder. Il est, en effet, impossible de prendre parti sur la nature matrimoniale ou successorale d'un avantage sans apprécier l'ensemble de ses caractéristiques. Cela est indubitable quand on est en présence d'une institution archaïque ou exotique ⁽²⁹²⁾. Mais, même à n'en-

(291) V. sur ce point, Roubier, *op. cit.*, I, n° 28-d; comp. les arrêts cités par Trébutien, *Des principes généraux du Droit sur les avantages entre époux*, thèse Caen, 1842, p. 87 et suiv. — Il n'est pas sans intérêt de noter que la jurisprudence de l'ancien Droit était orientée plutôt en sens contraire (Roubier, I, n° 20).

(292) Ainsi, dans l'arrêt Barral précité, pour rattacher le gain dotal de la loi sarde à la notion d'avantage matrimonial, plutôt qu'à celle d'avantage successoral, la Chambre des requêtes s'est vraisemblablement livrée

visager la non-rétroactivité des lois qu'en Droit positif interne, on ne peut guère procéder que par une appréciation générale des particularités de l'avantage litigieux. Certes, tant qu'il n'est question que d'avantages légaux, qui n'ont pas à se modeler sur des stipulations particulières, le Code civil, dans l'article 767, fournit un critérium tranchant, quoique purement formel : en isolant, dans un texte limitatif, les avantages successoraux, les situations juridiques abstraites susceptibles d'être balayées par un bouleversement législatif, l'article 767 fait ressortir, par antithèse, tout ce qui est avantage matrimonial. Mais la complexité du problème se découvre, quand il s'agit d'avantages convenus entre les parties. Les époux peuvent se consentir, par contrat de mariage, des avantages matrimoniaux pour le cas de survie : ils acquièrent immédiatement, à cet égard, la situation juridique concrète d'associés. Ils pourraient, par le même contrat, se consentir des donations de biens à venir ayant le même objet : ils resteraient alors, selon nous ⁽²⁹³⁾, durant tout le temps du mariage, dans la situation juridique abstraite de successibles. Deux conventions, très voisines en apparence, comportent ainsi des traitements dia-

à une appréciation de détails, dont elle nous fait connaître seulement les conclusions.

(293) Comp. en ce sens : Laurent, I, nos 245 et suiv.; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *Des personnes*, I, nos 167 et 170. — L'opinion contraire, qui semble dominante en doctrine (V. les références dans Nast, note au D., 1930, 2, 119) comme en jurisprudence (V. les arrêts rapportés au *Rép. Dalloz*, v° *Dispositions entre vifs*, nos 616 et suiv.), invoque cette considération que, dès le jour de la donation, il y a contrat irrévocable. Sans doute; mais le contrat ne donne naissance, au profit du donataire, qu'à une situation juridique abstraite, et c'est ce qu'il importe de considérer pour apprécier la non-rétroactivité d'une loi. A ce point de vue, l'institution contractuelle doit être différenciée de la donation de biens présents et rapprochée du legs. La situation juridique abstraite — observons-le en passant — est ainsi susceptible d'être organisée par un acte juridique privé : il est donc faux qu'elle se confonde, comme le prétend M. Roubier (I, n° 37), avec la loi elle-même par laquelle ont été prévus et fixés les cadres de la situation juridique.

métralement opposés du point de vue de la non-rétroactivité des lois ⁽²⁹⁴⁾. Ce n'est vraiment qu'en fait, et par un examen minutieux des stipulations du contrat de mariage, considérées dans leur forme et surtout dans leur fond, que l'on peut reconnaître qu'il y a, dans la première hypothèse, bénéfice social dépendant d'une part d'intérêt effectivement acquise, et, dans la seconde hypothèse, libéralité *mortis causa* dépendant d'une vocation successorale encore à l'état platonique. De la sorte, au terme de notre étude touchant la nature juridique du régime matrimonial sous l'angle de son mécanisme générateur, la notion de bénéfice surgit de nouveau et nous ouvre, toute grande, la porte du chapitre suivant.

(294) C'est pourquoi nous paraît mal motivé, sinon mal rendu, un arrêt de la Cour d'appel de Colmar (12 nov. 1930, D., 31. 2. 119, note de M. Nast), décidant que l'action en retranchement instituée par le Code civil (art. 1496, al. 2 et 1527, al. 3) ne peut être dirigée contre une communauté universelle stipulée sous l'empire de la législation allemande entre Alsaciens, mais naturalisée en communauté universelle française à la suite de la loi du 1^{er} juin 1924, et cela sous le prétexte que les articles 1496 et 1527 sont moins des dispositions de droit matrimonial que des dispositions de droit successoral, et que, d'autre part, une organisation nouvelle de la réserve ne saurait porter atteinte aux droits irrévocablement acquis par les donataires. Pareille solution implique un double préjugé : d'abord, que les avantages matrimoniaux constituent, au cas de secondes noces, des donations — ce qui est inexact — nous le montrons; ensuite, qu'une donation de biens à venir place immédiatement le bénéficiaire dans une situation juridique concrète — ce qui est faux, nous l'avons déjà vu. C'est donc par des voies extrêmement hasardeuses que la Cour de Colmar parvient à établir un lien entre la notion d'avantage matrimonial et la notion de situation juridique concrète.

CHAPITRE III

TOUT REGIME MATRIMONIAL CONSTITUE UNE SOCIETE PRESENTANT UNE NATURE INTEGRALEMENT COMMUTATIVE ET ONEREUSE

L'intitulé de ce chapitre implique deux ordres distincts de considérations, ayant trait respectivement à l'aspect commutatif et à l'aspect onéreux de la nature juridique du régime matrimonial. Ces deux ordres de considérations sont, d'ailleurs, d'importance inégale et appellent des recherches d'inégale longueur, le premier n'étant, en quelque sorte, qu'un palier d'accès au second.

SECTION PREMIERE

NATURE COMMUTATIVE DU RÉGIME MATRIMONIAL

Le terme « commutatif » est ici opposé au terme « aléatoire » (1). Sur cette opposition, que l'article 1104 semble consacrer, il y aurait, sans doute, beaucoup à dire. On ne l'a point toujours admise; et, pendant longtemps, il y a eu des auteurs (2) et des arrêts (3) pour considérer le con-

(1) En ce sens : Planiol, *Traité élémentaire*, II, n° 934; Planiol, Ripert et Esmein (*Traité pratique*), *Obligations*, I, n° 40; Colin et Capitant, *Cours élémentaire*, II, p. 267-268.

(2) V. par ex. *Répertoire Dalloz*, v° *Obligation*, n° 69; Laurent, XV, n° 436, et XXVII, n° 256. — Comp. de nos jours, Demogue, *Obligations*, II, n° 915.

(3) V. ainsi : Req., 10 août 1836, S., 36. 1. 669; Req., 28 avril 1886, S., 89. 1. 331; Lyon, 26 mars 1891, S., 92. 2. 289.

trat aléatoire comme une simple variété du contrat commutatif. Aujourd'hui encore, la Cour de cassation déclare, de certains contrats, qu'ils sont tout à la fois commutatifs et aléatoires (4). Mais cette terminologie n'est pas la plus répandue. En affirmant que la nature du régime matrimonial est commutative, nous indiquons clairement qu'elle n'est point aléatoire (5).

§ 1. — *Comment et pourquoi la nature commutative du régime matrimonial a été mise en question.*

Personne n'a prétendu systématiquement que le contrat de mariage, envisagé dans son essence, ressortît à la catégorie des contrats aléatoires. Ce que l'on se contente de soutenir, à l'occasion, c'est que ce contrat est susceptible d'être mélangé d'aléa. En effet, à côté de l'aléa pur, qui caractériserait les conventions énumérées par l'article 1964, ils existerait un aléa mêlé, un aléa qui pourrait se combiner avec des contrats normalement commutatifs (6).

C'est un aléa de ce genre que certains auteurs introduisent dans le régime dotal, quand ils décident que, si la dot promise au mari ne lui a pas été payée ou si elle périt sans sa faute, la femme n'est pas tenue de contribuer

(4) V. l'arrêt Marty, Req., 24 janv. 1928, S., 29. 1. 137, note de M. Vialleton; D., 1928 1. 157.

(5) A son ordinaire, la doctrine, subissant l'influence du Code, soude la notion d'aléa à l'idée de contrat. Mais la soudure tient fort mal, et les auteurs en viennent à parler de quasi-contrats aléatoires (V. par ex. R. Kahn, *La notion de l'aléa dans les contrats*, thèse Paris, 1924, n° 50), avouant ainsi que l'aléa est susceptible de se greffer sur un mécanisme légal, aussi bien que sur un accord de volontés. Etant donnée la position que nous avons prise touchant le mécanisme générateur du régime matrimonial, il était bon de signaler ce point. On peut, toutefois, se dispenser d'y insister, car il ne commande pas la solution de notre problème. Nous verrons, au contraire, que la question tout à fait symétrique soulevée par la notion de gratuité n'est pas sans mériter attention.

(6) Comp. Kahn, *op. cit.*, n°s 49 et 76-78.

plus outre aux charges du ménage, sous prétexte que le mari aurait, par le contrat de mariage, assumé les risques en vertu d'un forfait (7). C'est encore un aléa qui paraît se mêler à la communauté conventionnelle, dans l'hypothèse où un forfait de communauté a été stipulé (8). Il n'est pas jusqu'à la communauté de droit commun que l'on n'ait voulu, en termes plus ou moins vagues, imprégner tout entière d'aléa, en arguant que les époux ne sont pas assurés de réaliser des profits au cours de leur société conjugale (9) : c'est, du reste, pour le même motif que, parallèlement, la société ordinaire a quelquefois été regardée comme un contrat aléatoire (10) — par une entorse évidente à la signification technique de cette expression.

Mais ce ne sont là que des aspects secondaires de la question. Quand on parle de la possibilité d'enter un aléa sur un régime matrimonial, on fait surtout allusion à des stipulations de communauté par lesquelles les époux se confèrent réciproquement des avantages pour le cas de survie : préciput, bénéfice du forfait, attribution d'une part supérieure à la moitié ou même de la totalité des biens communs. Il y a, pour chacun des conjoints, chance de gain ou de perte d'après un événement incertain, qui est le prédécès de l'un deux. Il semble difficile de ne pas admettre que de telles clauses soient aléatoires. Et voici l'intérêt. Etant aléatoires, ces clauses sont nécessairement onéreuses. L'existence d'un aléa implique le caractère onéreux de tous les avantages matrimoniaux convenus — ce qui est le cas habituel — en faveur du conjoint survivant. On reconnaît, en effet, que la notion de libéralité est essentiellement incompatible avec la notion d'aléa (11).

(7) Rodière et Pont, III, n° 1992.

(8) Planiol, *Traité élémentaire*, III, n° 1312.

(9) V. par ex. Guillouard, III, n° 1429.

(10) Demangeat, sur Bravard-Veyrières, *Traité de Droit comm.*, I, p. 178-179.

(11) Colin et Capitant, II, p. 267; Kahn, *op. cit.*, n° 73; Planiol, Ripert

Cette opinion n'est peut-être pas à l'abri de toute critique⁽¹²⁾; mais il faut suivre ici les idées courantes : or, dans ces idées, il est bien vrai que le contrat aléatoire est conçu comme une variété du contrat à titre onéreux. On saisit maintenant pourquoi le problème de l'aléa devait précéder — à l'encontre d'une apparente logique — le problème de la gratuité : c'est que, dans la mesure où il sera prouvé que les avantages matrimoniaux ont une nature aléatoire, il sera prouvé du même coup, sans qu'une plus ample démonstration soit requise, qu'ils ont une nature onéreuse. La doctrine n'a pas manqué de tenir ce raisonnement⁽¹³⁾ et la jurisprudence elle-même s'y est souvent appuyée⁽¹⁴⁾. C'est donc, principalement, en vue de déterminer la nature juridique des avantages matrimoniaux que l'on a mis en doute le caractère intégralement commutatif de la société conjugale. Il y aurait eu, d'ailleurs, à prendre parti sur cette question préalable, un autre intérêt, plus immédiatement pratique, quoique moins connu : c'est que, si les avantages en faveur du conjoint survivant ont une nature aléatoire, il faudra, en bonne logique, dans les hypothèses où l'aléa n'existe pas sérieusement, annuler les stipulations avantageuses pour défaut de cause⁽¹⁵⁾. L'absence d'aléa conduira, notam-

et Esmein, *op. cit.*, I, n° 40. — Comp. pour la jurisprudence, Req., 3 déc. 1807 (*Répertoire Dalloz*, v° *Contrat aléatoire*, n° 9); Req., 10 août 1836, précité; Civ., 26 avril et 26 juill. 1854, S., 54. 1. 463; Civ., 9 avril 1856, S., 56. 1. 541; Req., 24 janv. 1928, précité; Dijon, 23 mai 1929, D. H., 1929, 419; Colmar, 40 déc. 1929, D., 30. 2. 81, note de M. Nast. Dans toutes ces espèces, il s'agit, au fond, non pas de copropriétés au sens technique, mais de sociétés civiles, ce qui accentue le rapprochement avec les clauses matrimoniales portant attribution des acquêts au survivant.

(12) M. Trasbot (*Revue critique*, 1929, p. 460) admet la possibilité d'une donation aléatoire (Comp. art. 1969).

(13) V. par ex. Duranton, XIV, n° 234; Troplong, III, n° 2181; Colmet de Santerre sur Demante, VI, n° 193 bis.

(14) V. par ex. Cass. civ., 8 mai 1854, D., 54. 1. 185.

(15) C'est ce que l'on décide de droit commun : Planiol, Ripert et Esmein, *op. cit.*, n° 41.

ment, à prononcer la nullité de tout avantage qui serait inséré, pour le cas de survie, dans un contrat de mariage passé *in extremis* ⁽¹⁶⁾, ou qui serait convenu entre futurs d'âge par trop inégal. L'éventualité n'est pas purement théorique. Dans une affaire Palée ⁽¹⁷⁾, la Cour d'appel de Colmar a eu à apprécier la validité d'un avantage matrimonial énorme, consenti par contrat de mariage au profit du survivant, alors que l'un des époux était à l'article de la mort. Elle n'a pas, du reste, annulé la convention litigieuse pour défaut d'aléa : elle s'est bornée à constater qu'il y avait contrat de mariage fictif, dissimulant une libéralité entre époux, et elle a, en conséquence, traité le prétendu bénéfice de communauté comme une donation déguisée, nulle en vertu du deuxième alinéa de l'article 1099 ⁽¹⁸⁾. L'idée de contrat aléatoire aurait pu, cependant, trouver là son application. Il n'en importe que davantage de proposer une solution ferme touchant le rôle de l'aléa dans le régime matrimonial.

§ 2. — *Solution proposée : le régime matrimonial a, dans toutes ses parties, une nature commutative.*

Le régime matrimonial constitue une société. Or, la société — on s'accorde à le reconnaître aujourd'hui ⁽¹⁹⁾ — a une nature essentiellement commutative. Sous l'angle

(16) Comp. art. 1975.

(17) Colmar, 28 mars 1928, S., 29. 2. 17, note de M. Niboyet.

(18) Du reste, de droit commun, pour des clauses analogues en matière de sociétés civiles, il a parfois été jugé que l'absence d'aléa (résultant d'une excessive différence d'âge) avait pour effet de faire dégénérer la stipulation prétendue aléatoire en libéralité (Req., 3 déc. 1807, *Repertoire Dalloz*, v° *Contrat aléatoire*, n° 9), et non pas d'en entraîner la nullité.

(19) Anciennement, on relève quelques hésitations. Ainsi, Bravard-Veyrières (*Traité de droit com.*, I, p. 178) pense que le contrat de société est tout à la fois commutatif et aléatoire selon le point de vue considéré; Demangeat, lui, le regarde comme purement aléatoire (sur Bravard, *loc. cit.*).

contractuel, les auteurs déclarent que le contrat de société est un contrat commutatif (20). Mais, pour qui envisage la société comme un organisme, cette opinion n'a pas lieu d'être modifiée, bien au contraire : selon la remarque de Paul Pont, l'interposition d'une personne morale entre les associés éloigne plus encore la société de la notion d'aléa, telle que la définit l'article 1104. L'article 1104 suppose que des rapports de droit antagonistes sont directement établis entre deux contractants, de manière que, si l'un gagne, l'autre perd, sans que jamais les deux puissent gagner ou perdre en même temps. Rien de tel dans la société : la présence de l'organisme fait que « le sort des associés est commun, et jamais différent ; ou ils gagnent l'un et l'autre, ou ils perdent tous deux » (21). Sans doute, le chiffre de leurs profits ou de leurs pertes est-il soumis à des fluctuations, est-il aléatoire, au sens vulgaire du mot. Mais c'est là le résultat économique des spéculations sociales, non l'effet juridique des rapports de droit créés entre les associés. Il faut donc conclure que, de son essence, la société conjugale, comme toute société, a une nature commutative : dès le jour du mariage, chaque époux acquiert de la société, en échange de son apport, un droit fixe et certain à une part de bénéfices.

Reste le point épineux : la société conjugale, tout en étant normalement commutative, ne peut-elle pas, dans ses types conventionnels, s'accommoder de stipulations aléatoires ? En particulier, n'y a-t-il pas aléa, quand la répartition de certains bénéfices anormaux de la communauté dépend de l'ordre de décès des associés ? La question atteint son maximum d'acuité avec les clauses attribuant à l'époux survivant, en propriété ou en usufruit, la totalité des biens communs. De telles clauses d'accrois-

(20) Guillaouard, *Société*, I, n° 9; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Société*, n° 8; Lyon-Caen et Renault, II, n° 82; Houpin et Bosvieux, I, n° 49.

(21) Pont, *Sociétés*, I, n° 12.

sement se rencontrent assez souvent dans les sociétés ordinaires, soit dans des sociétés universelles de gains, soit dans des sociétés particulières, notamment dans des sociétés civiles formées entre parents à la suite de l'acquisition d'un immeuble en commun ⁽²²⁾. Une première difficulté surgit : n'y a-t-il pas, en pareil cas, tontine ? S'il y a tontine, on tombe en plein dans la notion d'aléa ; la clause de réversion imprime même le caractère aléatoire au contrat tout entier ; mais il n'y a plus société ⁽²³⁾. On devine les contre-coups éventuels d'une semblable conception dans le domaine des régimes matrimoniaux : elle donnerait à la communauté avec attribution du fonds commun au survivant une physionomie singulière de groupement tontinier, une nature juridique tout à fait différente de celle que nous avons assignée au régime de communauté en général. Mais, en réalité, la difficulté n'est pas sérieuse : la tontine, où la considération de l'âge des participants joue un rôle essentiel, a des caractères trop spéciaux pour qu'une assimilation soit possible ⁽²⁴⁾. Il est donc admis qu'une stipulation d'accroissement ne peut pas avoir pour effet de transformer une société en tontine ⁽²⁵⁾. On n'en décide pas moins que cette stipulation, envisagée en soi, a une nature aléatoire ; c'est même, dit-on, l'aléa qui justifie des conventions aussi exorbitantes sous le rapport de l'article 1855 ⁽²⁶⁾. Nous nous demandons cependant si cette analyse ne méconnaît pas la véritable signification de la clause d'accroissement, comme de la clause d'attribution de communauté. Il est impossible de

(22) V. les deux séries jurisprudentielles rapportées plus haut, p. 325, note 308, et p. 655, note 11.

(23) En ce sens, Lyon-Caen et Renault, II, n° 35.

(24) Comp. sur les caractères de la tontine, Hémard, *Théorie et pratique des assurances terrestres*, II, n°s 690 et suiv.

(25) Houpin et Bosvieux, II, n° 1936.

(26) V. par ex. Vavasseur (7^e éd.), I, n° 467. Comp. Troplong : *Société*, II, n° 646.

ne pas voir combien ces clauses s'apparentent aux combinaisons d'assurance sur la vie. Certes, on a coutume de classer l'assurance parmi les contrats aléatoires, et l'article 1964 lui-même y invite; mais ce texte n'est-il pas le vestige d'une époque passée, où l'assurance était pratiquée comme un pari? Si la confusion se perpétue, c'est que les juristes sont obsédés par une notion technique de l'aléa, ou, si l'on préfère, par une notion mathématique et purement analytique, qui conduit à décomposer en un simple pari les rapports réciproques d'assureur à assuré (27). Ce qui, pourtant, importe davantage, c'est la notion juridique et synthétique de l'aléa. Or, avec cette notion, il apparaît que l'assurance est aux antipodes du contrat aléatoire, dont pari et jeu demeurent, à tout prendre, les seuls prototypes parfaits. Le jeu est un contrat de hasard; l'assurance, un contrat de prévoyance. Dans le jeu, c'est le contrat lui-même qui crée l'aléa; dans l'assurance, le contrat a pour objet de mettre fin à un aléa préexistant. Pont explique très bien pourquoi il n'y a pas d'aléa du côté de l'assuré : « L'assuré, écrit-il, a voulu ce qu'il obtient immédiatement : la sécurité, son affranchissement de tous risques, de toutes incertitudes de l'avenir, la suppression enfin des chances mauvaises. Il n'est donc pas exact de dire que, pour lui, les effets du contrat dépendent encore d'un événement incertain. » (28). Considérons le fonctionnement de l'assurance mutuelle conjugale, dans l'hypothèse où il a été convenu que la communauté appartiendrait en totalité au survivant. Quel est le risque contre lequel chacun des conjoints veut ainsi se prémunir? C'est le risque du brusque changement de situation que pourraient entraî-

(27) Comp. sur la distinction de la notion technique et de la notion juridique de l'aléa, Kahn, *op. cit.*, nos 3 et suiv.

(28) Pont, *Petits contrats*, I, n° 376.

ner, pour lui, le prédécès de l'autre et le partage du fonds social avec ses héritiers. Or, par la clause d'attribution, dès le jour du mariage, chaque époux obtient à cet égard, en échange de ce qu'il apporte en communauté, une sécurité complète et immédiate. Il n'a plus aucun risque de perte, et il n'a pas davantage de chance de gain, quoi qu'il advienne désormais. S'il prédécède, on ne peut pas dire qu'il perde quelque chose, en ne recevant pas de la communauté la compensation prévue pour un risque qui ne s'est point réalisé. S'il survit, on ne peut pas dire qu'il gagne quelque chose en recevant ce qui n'est que la compensation du risque effectivement survenu. Quant à la communauté, société d'assurances mutuelles, elle n'agit qu'à titre d'intermédiaire bénévole entre les deux époux et ne peut jamais faire, en toute hypothèse, qu'une opération blanche. A quelque point de vue que l'on se place, il est impossible de ne pas constater que la clause litigieuse, loin d'être aléatoire, a pour objet essentiel de neutraliser un aléa et de produire, au profit de chaque conjoint, une sécurité immédiate. La dévolution des biens communs, tout en étant subordonnée — par une application de la notion technique de condition — à la casualité de la survie, n'est que le prolongement et, en quelque manière, le mode de réalisation de cette sécurité commutativement acquise, de même que, dans le partage, par exemple, le tirage au sort des lots n'est que le prolongement et le mode de réalisation de l'équivalence commutative essentiellement recherchée par les copartageants. Rien, en conclusion, ne permet de regarder comme des conventions aléatoires les avantages matrimoniaux stipulés en faveur de l'époux survivant.

De notre solution, il est inévitable que nous tirions certaines conséquences pratiques. D'abord, puisque les stipulations étudiées n'ont pas un caractère aléatoire, il faut affirmer que leur validité ne pourra jamais être mise

en doute pour défaut d'aléa sérieux ⁽²⁹⁾. Pareille affirmation s'appuie sur un argument décisif : d'après l'opinion dominante, ces stipulations pourraient être rédigées purement et simplement, sans aucune condition de survie ⁽³⁰⁾; pourquoi interdirait-on aux époux de faire indirectement, au moyen d'une condition de survie illusoire, ce qu'il leur serait loisible de faire directement, en supprimant toute condition de survie? Nul ne sera donc en droit de demander la nullité d'avantages matrimoniaux convenus pour le cas de survivance, en arguant que le prédécédé était beaucoup plus âgé que son conjoint ou d'un état déjà valétudinaire à l'époque du mariage. Mais ce n'est point tout, et voici, pour nous, une conséquence plus importante : si de telles stipulations ont un caractère essentiellement commutatif, il faut définitivement renoncer à faire intervenir la notion d'aléa dans la démonstration de la nature onéreuse des avantages matrimoniaux. Cette notion, dont l'intervention n'aurait pu avoir, d'ailleurs, qu'une portée fragmentaire, est ici absolument hors de cause. Ce n'est qu'en s'attaquant de front à la distinction du titre gratuit et du titre onéreux que l'on peut espérer résoudre le problème posé par la nature juridique de ces avantages.

(29) Cela ne veut pas dire que, dans l'affaire Palée, la solution de la Cour de Colmar ne mérite pas approbation. En dehors de l'idée d'aléa — comme en dehors de l'idée de donation déguisée — il y avait, dans cette espèce, d'excellentes raisons, propres à la matière du conflit des lois, pour prononcer la nullité des conventions matrimoniales litigieuses (V. la note de M. Niboyet).

(30) V. pour le préciput, Aubry et Rau, VIII, § 529, texte et note 2; Guillouard, III, n° 1613; Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, II, n° 1416; et pour l'attribution de la totalité des acquêts, Colmet de Santerre sur Demante, VI, n° 493 *bis*, III, et, plus restrictifs, Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, II, n° 1446.

SECTION II

NATURE ONÉREUSE DU RÉGIME MATRIMONIAL

Il s'agit ici de marquer la place du régime matrimonial au sein de la distinction fondamentale du titre gratuit et du titre onéreux. La question, riche en intérêts pratiques, a été longuement débattue en doctrine comme en jurisprudence, au moins sous certains aspects particuliers. Préalablement à toute solution, nous allons retracer l'histoire de ces débats, avec la préoccupation, non pas de fournir une documentation complète (que l'on trouverait, d'ailleurs, dans d'autres ouvrages), mais de faire saillir, aux fins d'examen critique, les points principaux où semble mise en jeu la nature juridique du régime matrimonial en tant que société personnifiée.

§ 1. — *Examen critique des conceptions doctrinales et jurisprudentielles touchant la nature juridique du régime matrimonial sous l'angle de la distinction du titre gratuit et du titre onéreux.*

Montrons d'abord comment le problème a été posé et en vue de quels intérêts pratiques.

I. — *Position ordinaire du problème : son identification courante avec le problème particulier de la nature juridique des avantages matrimoniaux. Intérêts pratiques du problème ainsi délimité.*

A

De savoir si le régime matrimonial, considéré dans son ensemble, a une nature gratuite ou onéreuse, on ne se préoccupe guère. Il est probable qu'à tout le monde l'onérosité paraît ici aller de soi. Sur le plan contractuel, que le contrat de mariage constitue un contrat à titre onéreux,

cela semble tellement évident que nul ne prend la peine de le dire. C'est pourquoi il n'existe pas sur la question une discussion générale, mais seulement deux discussions isolées et, d'ailleurs, fragmentaires : l'une ayant trait à la nature de la constitution de dot dans les rapports de la femme dotée avec le mari; l'autre à la nature des avantages matrimoniaux. On ne peut que regretter pour la science que les deux discussions se soient développées séparément, comme étrangères l'une à l'autre, car il y a un lien rationnel entre l'apport en mariage et les avantages matrimoniaux, ainsi qu'entre les deux issues d'un même mécanisme, d'un même mécanisme de société. Si les auteurs avaient tenu compte de ce lien, l'onérosité, qu'ils ont jugée toute naturelle pour la constitution de dot, ne leur serait peut-être pas apparue si artificielle pour les avantages matrimoniaux. On sait, en effet, que la doctrine⁽³¹⁾ est d'accord avec la jurisprudence⁽³²⁾ pour admettre que la femme apporte sa dot au mari à titre essentiellement onéreux. C'est un point acquis, sur lequel il n'y a plus à revenir, tant il est peu controversé. Aussi bien l'avons-nous exposé avec la théorie de la dot, sous un angle très différent, préférant y cueillir l'argument caché, en faveur de la personnification du ménage, que l'argument aveuglant, en faveur de l'onérosité de l'apport matrimonial.

En vérité, toutes les controverses, en la matière, se concentrent sur la question des avantages matrimoniaux. On peut même affirmer que le problème général de la nature, gratuite ou onéreuse, du régime matrimonial s'identifie, en fait, dans les conceptions courantes, avec le problème particulier de la nature, gratuite ou onéreuse, de ces avantages. Ayant pris nous-même comme base de

(31) V. plus haut, p. 489.

(32) Comp. Req., 16 nov. 1910, D., 41, 1. 500.

la présente section les conceptions courantes vues à la lumière d'un examen critique, nous sommes conduit, inévitablement, à tailler à leur mesure le sujet de nos développements. De la nature juridique des avantages matrimoniaux, tel pourrait donc être, en somme, le sous-titre de notre section. Nous savons, pour les avoir considérés à l'occasion de chaque type de régime, ce que sont les avantages matrimoniaux. Suivant la définition la plus vague, la plus élémentaire, celle qui préjuge le moins, ce sont les enrichissements résultant, au profit d'un époux et à l'encontre de l'autre, du seul fonctionnement du régime matrimonial adopté. Le mot d'enrichissement fait songer tout de suite à la donation. Mais, à la différence de la donation entre époux proprement dite, qui, même incluse dans un contrat de mariage, demeure extérieure au régime matrimonial, les avantages dont il s'agit s'intègrent dans le régime, forment une pièce constitutive de son mécanisme. Il n'empêche qu'il y a, à première vue, enrichissement, et que, détaché de l'ensemble du régime et envisagé dans ses éléments matériels, l'avantage matrimonial s'apparente singulièrement à une libéralité. *Quelle est donc, sous l'angle de la distinction du titre gratuit et du titre onéreux, la nature juridique de l'avantage matrimonial ?* Voilà un premier point à résoudre; mais sa solution n'épuise pas forcément tout le problème. En effet, si l'on reconnaît à l'avantage matrimonial un caractère onéreux, une seconde difficulté surgit : dans quels cas y a-t-il avantage matrimonial, et dans quels cas donation entre époux ? *Quel est le critère de différenciation de l'avantage matrimonial, par rapport à la libéralité entre époux ?* C'est autour de ces deux points que nous grouperons nos développements (33).

(33) Comp. Charles Croizat, *La notion d'avantage matrimonial* (Revue critique, 1928, p. 151-210), n° 4.

Le problème mérite d'autant plus l'attention qu'il présente ce que l'on est convenu d'appeler de gros intérêts pratiques. C'est que les libéralités mettent en jeu une réglementation détaillée et restrictive, à laquelle les avantages matrimoniaux sont susceptibles d'échapper s'ils ont une nature onéreuse. Voici, du reste, dans cette réglementation, les divers points qui marquent une opposition possible entre l'avantage matrimonial et la donation entre époux ⁽³⁴⁾.

1° C'est au sujet de la quotité disponible que la distinction offre son maximum d'importance. S'il y a donation entre époux, la donation, en présence de descendants ou d'ascendants du donateur, doit être réduite à la limite fixée par l'article 1094. S'il y a avantage onéreux, plus de limitation, sous réserve du cas de secondes noces.

2° L'article 767 dispose que le conjoint survivant doit imputer sur son usufruit légal les libéralités, même faites par préciput et hors part, qu'il a pu recevoir du prédécédé. Si l'avantage matrimonial a une nature gratuite, il sera donc soumis à l'imputation; sinon, non.

3° On peut supposer que le conjoint survivant, parent de l'autre, vienne à sa succession, en concours avec des héritiers au même degré : il doit le rapport de tout ce qu'il a reçu du défunt, par donation entre vifs, directement ou indirectement (art. 843). Doit-il le rapport des avantages matrimoniaux? Oui, si ce sont des libéralités; non, dans l'hypothèse contraire.

4° Si les avantages matrimoniaux ont une nature gratuite, ils sont passibles des droits proportionnels de mutation qui frappent les libéralités. S'ils ont une nature

(34) Comp. l'inventaire complet dressé par M. Pol Robert, *De la nature juridique des avantages matrimoniaux résultant principalement du régime de communauté*, thèse Nancy, 1914, p. 13-19.

onéreuse, ils ne peuvent donner lieu, en l'absence de prévisions législatives spéciales⁽³⁵⁾, à aucun droit d'enregistrement. L'alternative n'est exacte, il est vrai, qu'autant que l'Administration de l'Enregistrement est liée par les définitions du Droit civil. Or, il y a toujours eu une Ecole pour le contester, et, aujourd'hui plus que jamais, on parle de l'autonomie, du particularisme du Droit fiscal⁽³⁶⁾. Il semble bien, nous le verrons, que la jurisprudence, au début du xix^e siècle, ait subi, en matière d'avantages matrimoniaux, l'influence des idées d'autonomie, mais elle en est très vite revenue. Bien mieux, loin de sacrifier aux nécessités de la perception le concept civiliste d'avantage matrimonial, elle a utilisé les questions de perception pour affiner ce concept : les solutions de Droit fiscal ont frayé la voie aux solutions de Droit privé, témoin le célèbre arrêt Grégoire⁽³⁷⁾.

Mais voici deux points où l'intérêt de la distinction paraît plus douteux :

On décide que les donations réalisées entre futurs époux par contrat de mariage sont sujettes à la révocation pour ingratitude⁽³⁸⁾. Bien entendu, si les avantages matrimoniaux ne constituent pas des libéralités, cette révocation leur est inapplicable, d'autant plus que l'article 1395 proclame l'immutabilité des conventions matrimoniales. Mais là n'est pas la difficulté. En effet, en pratique, la révocation pour ingratitude a rarement l'occasion de jouer à l'égard des donations que les futurs se sont consenties par contrat de mariage : les faits d'ingratitude motivent

(35) Sur les diverses tentatives de réforme en vue de frapper les avantages matrimoniaux par une fiscalité spéciale, V. Courtois, *De la nature juridique des clauses dites « conventions de mariage »*, thèse Caen, 1924, p. 181-189.

(36) Comp. Gény, *Le particularisme du droit fiscal* (*Revue trimestrielle*, 1931, p. 797 et suiv.).

(37) Chambres réunies, 19 déc. 1890, S., 91.1.130.

(38) Arrêt Jaylé, Cass. civ., 16 févr. 1874, D., 74.1.197.

d'ordinaire une demande en séparation de corps ou en divorce; et c'est alors l'article 299 qui entre en mouvement. « L'époux contre lequel le divorce aura été prononcé, édicte l'article 299 ⁽³⁹⁾, perdra tous les avantages que l'autre époux lui avait faits, soit par contrat de mariage, soit depuis le mariage. » De l'emploi du terme « avantage », il n'est pas téméraire de déduire que le texte vise les avantages matrimoniaux aussi bien que les donations. L'article 1518 corrobore une telle interprétation, en supposant que l'époux coupable, au cas de séparation de corps ou de divorce, perd son droit au préciput. Peu importe, en conséquence, que l'avantage matrimonial soit ou non une libéralité : quelle que soit sa nature, il est susceptible de tomber sous le coup de l'article 299 ⁽⁴⁰⁾. Une autre explication de cet article a, cependant, été soutenue, qui aurait pour résultat de conférer une nouvelle utilité pratique à la distinction des avantages matrimoniaux et des donations : l'article 299, a-t-on déclaré, établissant une pénalité, doit être interprété strictement, donc limité aux donations proprement dites; quant à l'article 1518, c'est une disposition exceptionnelle qui laisse les autres avantages matrimoniaux sous l'empire du Droit commun ⁽⁴¹⁾. Mais ce système, furieusement exégétique, n'a pas prévalu. Il est quasi universellement admis, dans la doctrine française, que l'article 299 s'applique, en principe, aux avantages matrimoniaux; seulement

(39) L'article 299 ne parle que du divorce, mais, depuis l'arrêt solennel Lefoulon (Ch. réunies, 23 mai 1843, S., 43.1.311; D., 43.1.225), la jurisprudence n'hésite plus à l'étendre à la séparation de corps.

(40) En ce sens, Aubry et Rau, VII, § 480, texte et note 13; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *Des personnes*, IV, n° 281; Saleilles, *Une interprétation vaudoise d'une disposition du Code civil français* (*Revue trimestrielle* 1914, *Supplément au n° 1*, p. 6 et suiv., p. 32 et suiv.); Colin et Capitant, I, p. 239; Planiol, Ripert et Rouast, *La famille*, n° 646. — La jurisprudence française n'a jamais eu à trancher formellement ce point.

(41) Comp. en ce sens, Pol Robert, thèse précitée, et les références, et Cass. belge, 29 oct. 1874 (*Pasicrisie*, 1873.1.7).

tout le monde reconnaît qu'il ne s'y applique pas de la même manière qu'aux donations véritables : l'intérêt pratique de la distinction, pour être ici plus caché, n'est donc pas totalement absent.

L'article 564 du Code de commerce semble appeler une discussion symétrique. Ce texte est ainsi conçu : La femme dont le mari était commerçant à l'époque de la célébration du mariage ou dont le mari, n'ayant pas alors d'autre profession déterminée, sera devenu commerçant dans l'année qui suivra cette célébration, ne pourra exercer dans la faillite aucune action en raison des avantages portés au contrat de mariage, et, dans ce cas, les créanciers ne pourront, de leur côté, se prévaloir des avantages faits par la femme au mari dans ce même contrat. Il paraît logique d'entendre ici le terme « avantage », comme sur l'article 299, dans un sens large, englobant tous les avantages de fait. Telle n'est pourtant pas l'orientation de la doctrine et de la jurisprudence : on incline généralement à restreindre aux libéralités véritables la portée de l'art. 564 ⁽⁴²⁾, ce qui ajouterait un intérêt pratique de plus à la détermination de la nature juridique, gratuite ou onéreuse, des avantages matrimoniaux. Mais, d'ores et déjà, nous faisons toutes nos réserves contre cette interprétation. Nous croyons qu'il serait meilleur, parce que plus conforme et à la lettre et au but social du texte, de soumettre les avantages matrimoniaux, même reconnus de nature onéreuse, à la déchéance organisée par l'article 564 ⁽⁴³⁾,

(42) V. ainsi, pour la doctrine, Thaller et Percerou, *Faillites*, II, n° 1078 et, pour la jurisprudence, le seul arrêt relatif à la question, Rennes, 26 janv. 1849, D., 51.2.119.

(43) C'est un lieu commun de prétendre que, en toute hypothèse, l'article 564 sera très rarement applicable aux avantages matrimoniaux, parce que la plupart de ces avantages, portant sur des biens à venir, ne s'exécutent que sur l'actif net. Mais il n'y a là qu'un argument de fait, d'ailleurs exagéré : l'application de l'article 564 est concevable pour le préciput stipulé au profit de l'épouse renonçante, et l'espèce jugée en 1849 par la Cour de Rennes fournit un autre exemple de cette appli-

ce qui ne signifie pas, du reste, qu'ils devraient y être soumis pour la même raison et de la même manière que les libéralités.

Quoi qu'il en soit, nous en avons assez dit pour rendre manifeste l'urgence de la double question posée : les avantages matrimoniaux sont-ils, malgré les apparences, autre chose que des donations ? et si oui, en quoi se distinguent-ils des donations ?

II. — Les avantages matrimoniaux ont-ils une nature gratuite ou onéreuse ? — Etude critique des conceptions doctrinales et jurisprudentielles.

Il est commode de séparer, dans cette étude, la doctrine de la jurisprudence et même, au sein de la doctrine, l'Ecole de l'Exégèse de l'Ecole contemporaine.

A. — LA DOCTRINE

1° *L'Ecole de l'Exégèse.*

Un point est certain : c'est que l'Ecole de l'Exégèse ne s'est élevée que très péniblement à la notion générale et abstraite d'avantage matrimonial. On peut même avancer que, pour la plupart des Exégètes, il ne s'est pas posé une question scientifique de la nature juridique des avantages matrimoniaux, mais quatre questions de pure interprétation sur quatre textes isolés : savoir, les articles 1516 et 1525, relatifs aux clauses de préciput et d'attribution de tous les acquêts au survivant, les articles 1496 et 1527, réglant le sort de la communauté, légale ou conventionnelle, en présence d'enfants issus d'un précédent mariage,

cation (il s'agissait d'une clause du contrat de mariage donnant à la femme la faculté de reprendre à son choix ou le mobilier à elle constitué en dot, ou la valeur estimative attribuée à ce mobilier).

les deux premiers textes de rédaction étroitement fragmentaire, les deux autres ouvrant au juriste quelques échappées vers la systématisation.

Mais l'Ecole de l'Exégèse n'a-t-elle péché que par absence de vues générales? Ne faut-il pas lui reprocher, chose plus grave, d'avoir mis en circulation une idée faussée : l'idée que l'onérosité des avantages matrimoniaux est une fiction? De fait, il est devenu habituel, en notre matière, d'identifier l'Ecole exégétique avec ce que l'on nomme la théorie de la fiction⁽⁴⁴⁾. Bien connus sont les linéaments de cette théorie, aujourd'hui très discréditée : d'après elle, les avantages matrimoniaux auraient, dans la réalité des choses, une nature gratuite, constitueraient en soi de véritables donations, donations indirectes ou déguisées; mais le législateur, par une fiction utilitaire, les traiterait, du moins dans l'hypothèse de mariage unique, comme des actes à titre onéreux, leur plaquerait, factice et arbitraire, une nature onéreuse. Telle est la théorie de la fiction. Traduit-elle bien la pensée classique touchant la nature juridique des avantages matrimoniaux? Que l'on se fût un peu illusionné là-dessus, cela ne serait pas, *a priori*, surprenant : on ne prête qu'aux riches, selon le mot du vulgaire, et l'Ecole de l'Exégèse, à n'en pas douter, fut riche de fictions. Il n'en sied pas moins de lui rendre justice, et l'on doit reconnaître, croyons-nous, que, *durant la plus grande partie du règne de l'Ecole (durant sa plus belle période aussi), la théorie de la fiction n'a été nulle part exprimée dans les œuvres doctrinales, quoiqu'elle fût partout subconsciente dans les esprits.*

Durant cette période, la théorie de la fiction n'a été nulle part exprimée dans les œuvres de la doctrine. Que l'on prenne les commentaires fragmentés que les grands Exégètes placèrent sous les quatre articles précités du

(44) V. par ex. Pol Robert, *op. cit.*, p. 82.

Code civil; que l'on prenne les rares exposés systématiques dont la question fit alors l'objet — ainsi, les développements assez nourris donnés par Delvincourt à l'occasion de l'article 1098⁽⁴⁵⁾, ou, à l'autre extrémité de la période, la célèbre étude de Coin-Delisle sur l'article 1525⁽⁴⁶⁾ — on n'y trouve rien qui indique une adhésion consciente à la théorie de la fiction, telle qu'elle est actuellement dépeinte. Non seulement le mot n'y est pas, mais l'idée non plus. Les commentateurs, à ce qu'il semble bien, ne considèrent point que la loi, en proclamant l'onérosité des avantages matrimoniaux les plus caractéristiques, ait fait violence à la réalité : ce n'est, d'après eux, qu'une apparence de gratuité que présentent ces avantages; leur essence profonde, mise à nu par les textes, est onéreuse. Odier déclare, par exemple, des stipulations avantageuses qu'elles « sont la condition et comme le prix et du contrat de mariage et du mariage même, d'où elles revêtent un caractère onéreux, qui en exclut le titre gratuit »⁽⁴⁷⁾. Il est visible que, pour Odier, la nature onéreuse des conventions de mariage n'est pas plus fictive que la nature onéreuse de la vente. Ce qui prouve, d'ailleurs, jusqu'à l'évidence, que les Exégètes n'envisagent nullement la règle d'onérosité comme une fiction légale, c'est qu'ils ne se bornent pas à la justifier par des considérations pratiques, comme il suffirait s'il s'agissait d'une création arbitraire du législateur : ils se préoccupent, au contraire, de lui donner un fondement rationnel, et ce fondement, ils le découvrent dans la nature juridique de la communauté conjugale en tant que société, c'est-à-dire dans une réalité scientifique au pre-

(45) Delvincourt, II, p. 434-446 (note 6 de la p. 112).

(46) Coin-Delisle, *Examen doctrinal de la jurisprudence des arrêts sur l'article 1525 du Code Napoléon* (*Revue critique*, 1862, p. 1-23, 193-220 et 481-513).

(47) Odier, II, n° 872; comp. Coin-Delisle, *loc. cit.*, n° 14, p. 15-16.

mier chef. C'est, répètent-ils à satiété, suivant l'invite de l'article 1525 — c'est parce que les avantages matrimoniaux constituent des conventions de mariage et entre *associés* qu'ils ont une nature onéreuse⁽⁴⁸⁾ : leur onérosité est l'onérosité *réellement* incluse dans la notion de société. Il n'est pas un Exégète qui ne fasse au moins allusion à cette idée, incompatible avec la théorie de la fiction. Mais Troplong se classe hors de pair par l'ampleur et la précision qu'il imprime au raisonnement : sur l'article 1516, il observe *in terminis* que le préciput a un caractère onéreux parce que c'est un *bénéfice* de communauté, parce qu'il se lie à un contrat de *société*⁽⁴⁹⁾; sur l'article 1525, il démontre la nature onéreuse des clauses les plus étendues d'attribution de biens communs en invoquant, d'une manière rigoureusement technique, l'onérosité parallèle des clauses semblables en matière de *sociétés* ordinaires⁽⁵⁰⁾; sur l'article 1527, enfin, la restriction finale du texte lui inspire les propos suivants quant aux bénéfices résultant de la collaboration et de l'économie des époux : « Ces choses sont de l'essence de la société conjugale, dont la forme la plus simple est la communauté d'acquêts, et qui manquerait du but inhérent à toute *société*, si on lui enlevait l'espérance de tels bénéfices... Ici l'augmentation de la fortune des époux provient évidemment, non d'un avantage, mais d'un droit de *société*, *jure quodam societatis*, dit Voet (*De ritu nupt.*, n° 124). Chacun ayant contribué pour sa part à cet accroissement, doit en profiter pour sa part. Qu'importe l'inégalité dans l'acquisition

(48) Il est vrai que Duranton (XV, n° 215), entraîné par une interprétation trop simpliste de l'article 1855, trouve, dans l'article 1525, l'expression d'associés mal choisie, s'agissant d'une clause qui est précisément, selon lui, exclusive de toute société. Mais la critique, incidente, isolée et, d'ailleurs, limitée aux stipulations d'attribution totale, ne paraît avoir exercé aucune influence sur l'ensemble de l'Ecole.

(49) Troplong, III, n° 2121.

(50) Troplong, III, n° 2173 et suiv.

de ces bénéfices? En pareille matière, il est difficile d'arriver à une balance exacte et rigoureuse. Le mari a travaillé beaucoup par exemple; mais la femme ne l'a-t-elle pas secondé dans les soins du ménage, dans l'éducation des enfants, dans l'économie de la maison? Chacun a eu son mérite, chacun a eu sa part d'efforts : il s'opère une compensation équitable⁽⁵¹⁾. » Ainsi que l'on peut en juger par l'argumentation de Troplong, l'onérosité des avantages matrimoniaux, d'après les Exégètes de la bonne époque, se meut entièrement dans la sphère des notions scientifiques, traductions des natures juridiques réelles, non dans la sphère des procédés techniques arbitraires, des fictions⁽⁵²⁾.

Et pourtant, durant cette période, la théorie de la fiction est partout subconsciente dans les esprits : on la retrouve dans la complaisance même avec laquelle tous les commentateurs imitent le langage embarrassé des textes : telle clause n'est pas *regardée* comme une donation, telle autre n'est point *réputée* un avantage sujet aux règles relatives aux donations, etc. — On la retrouve dans l'exégèse littérale par laquelle Toullier, Taulier, Colmet de Santerre, s'attardent à soutenir, sur l'article 1516, que le préciput, soustrait aux règles des donations quant à la forme, y reste soumis quant au fond⁽⁵³⁾. On la retrouve dans toutes les opinions qui tendent à rendre plus fragile le principe de l'onérosité : dans l'opinion singulière qui admet qu'un préciput excessif

(51) Troplong, III, n° 2215.

(52) Cela s'explique facilement si l'on envisage la filiation historique des doctrines : la pensée exégétique continue, sur ce point, la pensée des auteurs de l'ancien Droit; or, ceux-ci non seulement s'abstenaient de parler de fiction, mais encore fondaient expressément l'onérosité des avantages matrimoniaux sur la nature juridique réelle de la communauté conjugale en tant que société (Comp. Croizat, *loc. cit.*, n° 10).

(53) Toullier, XIII, nos 400, 403 et 422; Taulier, V, p. 203; Colmet de Santerre sur Demante, VI, n° 183 bis, I.

peut être réduit *arbitrio judicis* comme libéralité⁽³⁴⁾, aussi bien que dans l'opinion répandue qui affirme que la communauté universelle, avantage matrimonial de sa nature, devient une donation au cas d'intention libérale manifeste⁽³⁵⁾. — On la retrouve dans toutes les opinions qui tendent à rétrécir le champ d'application du principe légal : dans l'opinion isolée qui enlève au préciput son onérosité lorsqu'il est exercé par une femme renonçante⁽³⁶⁾, aussi bien que dans l'opinion quasi unanime, qui dénie à l'attribution de l'entière communauté au survivant une nature onéreuse, quand la reprise des apports, prévue par l'article 1525, n'est pas réservée aux héritiers du prédécédé⁽³⁷⁾. — On la retrouve, plus visible encore, dans l'interprétation universellement acceptée sur les articles 1496 et 1527, interprétation selon laquelle les avantages matrimoniaux, normalement onéreux, se métamorphosent tous en véritables donations en présence d'enfants issus d'un premier lit⁽³⁸⁾, miracle qui sent bien le fictif. — On la retrouve, enfin, dans la justification même que les auteurs ne manquent pas d'apporter au système légal : si, disent-ils, les avantages matrimoniaux sont traités comme des actes onéreux dans l'hypothèse de mariage unique, c'est qu'il n'y a à cela aucun danger, les enfants communs étant appelés à recouvrer dans la succession du conjoint dernier vivant les valeurs dont le patrimoine du prémourant a pu s'appauvrir⁽³⁹⁾; il ne s'agit

(34) Aubry et Rau, VIII, § 529, texte et note 8.

(35) Aubry et Rau, VIII, § 525, texte et note 4 et 5; Troplong, III, nos 2189-2190; Rodière et Pont, III, n° 1360.

(36) Troplong, III, n° 4124.

(37) Aubry et Rau (jusqu'à la 4^e éd.), V, § 530; Marcadé, sur l'article 1525, n° 4; Odier, II, n° 923; Rodière et Pont, III, n° 1609. — V. toutefois, dans le sens de l'onérosité intégrale, Troplong, III, n° 2481.

(38) V. ainsi, Duranton, XV, n° 490 (qui use, toutefois, d'une langue assez réticente); Demolombe, XXIII, n° 562; Troplong, III, n° 2123; Rodière et Pont, III, n° 1631.

(39) V. par ex. Rodière et Pont, III, n° 1662.

plus ici d'une explication rationnelle, fondée sur la nature des choses, mais d'une justification empirique, supposant un procédé arbitraire du législateur. — C'est donc partout que l'on retrouve, suspendue confusément dans l'ambiance exégétique de l'époque, la théorie de la fiction, n'attendant que des systématisateurs pour prendre conscience d'elle-même : elle n'était encore constituée nulle part, et son influence était déjà dans toutes les œuvres.

N'est-ce pas Laurent qui a constitué la théorie? C'est, du moins, le premier qui ait parlé de fiction : « Les conventions de mariage, écrit-il, sont des conventions onéreuses dans la théorie du Code, sauf quand il y a des enfants d'un premier lit... Cela prouve qu'en réalité il y a un avantage à titre gratuit, donc une libéralité. Si la loi ne considère pas cet avantage comme une libéralité à l'égard des héritiers en général, c'est par faveur pour le mariage et les conventions matrimoniales. *C'est une espèce de fiction*; la loi considère le bénéfice résultant du régime que les époux adoptent comme un bénéfice fait à titre onéreux, tandis qu'en réalité c'est un avantage gratuit... Voilà la *fiction légale* ⁽⁶⁰⁾. » La remarque est nette, mais elle n'est qu'incidente. C'est seulement chez Baudry-Lacantinerie que l'on rencontre le premier exposé dogmatique de la théorie de la fiction ⁽⁶¹⁾ : ici comme en d'autres matières, Baudry-Lacantinerie est le seul créateur du dogme qui a été ensuite imputé à l'ensemble de l'Ecole classique; il sied d'ajouter qu'il a été aidé, dans sa tâche, par des auteurs que l'on ne s'attendrait point à trouver là, tels que Planiol ⁽⁶²⁾. Dans son *Traité*, rédigé en collaboration avec MM. Le Courtois et Surville, le célèbre doyen

(60) Laurent, XXIII, n° 350.

(61) Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, II, n°s 1450 et suiv.

(62) Planiol, note sous Nancy, 25 févr. 1891, D., 91.2.353. — Comp. Bourcart, note sous le même arrêt, au S., 1892.2.65.

de la Faculté de Bordeaux commence par poser comme une règle générale que les avantages résultant des conventions matrimoniales sont, en principe, tenus pour des conventions à titre onéreux et entre associés, et non pour des libéralités : « Cette règle générale, se demande-t-il, est-elle l'expression de la vérité ou n'est-elle pas plutôt une création du législateur ? Il suffit de se référer au texte des articles 1516 et 1525, 2^e al., pour constater que les rédacteurs du Code civil emploient... des expressions qui dépeignent la fiction. Ces expressions ne sont pas sans analogie avec celles dont ils se sont servis dans l'article 883 pour marquer l'effet déclaratif du partage. On ne nous dit pas que les avantages résultant des clauses de préciput ou d'attribution de la totalité de la communauté *ne sont pas* des donations, mais bien qu'ils ne seront pas *regardés* comme des donations ou *réputés* tels. En allant, en effet, au fond des choses et à défaut de la solution donnée par la loi, on aurait été amené, dans les situations où se manifeste un avantage entre époux, à décider que cet avantage n'a point le caractère de convention à titre onéreux, mais constitue une libéralité, soit directe, soit indirecte ⁽⁶³⁾. » Voilà bien la théorie de la fiction, telle qu'on l'entend aujourd'hui. Quant à Planiol, il met en relief que, l'onérosité étant fiction, la gratuité, dans l'hypothèse de second mariage, n'est qu'un retour à la nature des choses : « En voyant, dit-il, dans les avantages résultant de ces clauses de véritables libéralités, on ne crée pas une fiction spéciale dans l'intérêt des enfants du premier lit; on ne fait que rentrer dans la réalité. C'est le droit commun qui s'en écarte. »

La théorie de la fiction, telle qu'on la conçoit à l'heure actuelle, ne caractérise donc qu'une période limitée dans l'histoire de l'Ecole de l'Exégèse : la dernière période,

(63) Baudry-Lacantinerie, *Le Courtois et Surville*, II, n° 1431.

celle du déclin. C'est une théorie d'Exégètes attardés⁽⁶⁴⁾ : elle ne saurait que difficilement prétendre au rang de théorie classique. Mais il est possible de la projeter, rétro-activement en quelque sorte, sur les œuvres des commentateurs des périodes précédentes, pour éclairer les tendances restrictives latentes chez eux, pour donner, après coup, une signification et un nom à ces tendances. De ce point de vue, il apparaît que, dès l'origine, le système d'interprétation exégétique, touchant l'onérosité des avantages matrimoniaux, a contenu en puissance l'idée de fiction. Ainsi s'explique que l'on identifie l'Ecole tout entière avec une théorie qui, si elle n'a été construite que par les derniers Exégètes, a été pressentie par tous. L'identification, en pareil sens, est plausible, à condition que l'on n'en oublie pas la véritable portée.

2° *L'Ecole contemporaine.*

L'Ecole contemporaine a pris, comme il se devait, le contre-pied de l'Ecole de l'Exégèse déclinante et de la théorie de la fiction. Mais, entraînée par un penchant qui n'a été que trop souvent sa faiblesse, elle s'est complue à l'excès dans les solutions floues, indéfinies, fragmentaires, sentimentales. On peut même se demander si, en définitive, tout le terrain gagné d'un côté sur les conceptions exégétiques n'a pas été reperdu de l'autre.

A la thèse de M. Pol Robert revient le mérite d'avoir sonné le glas de la théorie de la fiction. Il est certain que M. Robert a donné, pour la première fois, ce que les Exégètes, emprisonnés dans leurs méthodes, n'avaient pu donner : une notion générale, synthétique de l'avantage matrimonial, dominant les textes du Code civil. Clai-

(64) On la trouve encore soutenue dans des ouvrages relativement récents. V. par ex. Degand, *Des conditions modificatives du partage égal de la communauté entre époux*, thèse Paris, 1916, nos 44 et 50.

rement, en outre, il a vu que le législateur, en se refusant à considérer cette sorte d'avantage comme une donation, n'avait fait que consacrer une réalité juridique inéluctable, imposée par la nature même du régime de communauté, c'est-à-dire par la notion de société : c'est l'existence d'un patrimoine social distinct des patrimoines individuels des conjoints, c'est l'intervention d'apports immatériels faits par les conjoints à la communauté, qui expliquent l'onérosité essentielle des avantages matrimoniaux ⁽⁶⁵⁾. Comment comprendre, après cela, que l'œuvre de M. Pol Robert ne laisse pas une impression d'absolue fermeté? C'est que, d'abord, tout en affirmant que les avantages matrimoniaux ont un caractère réellement et non fictivement onéreux, M. Robert n'hésite pas à les envisager comme des libéralités dans l'hypothèse spéciale de secondes noces ⁽⁶⁶⁾. Or, il est rationnellement inconcevable qu'une réalité onéreuse puisse se changer en gratuité, si ce n'est par le jeu d'une fiction : la fiction serait donc tournée à l'envers, mais non pas éliminée. Il y a plus : en dehors même de l'hypothèse de secondes noces, M. Robert est-il vraiment convaincu de la nature onéreuse des avantages matrimoniaux, quand il écrit que « la communauté ne peut présenter, au même degré que les conventions dont elle se rapproche, le caractère onéreux juridiquement pur, qu'elle se teinte forcément d'une nuance de libéralité, dont elle s'accommode fort bien, en raison de l'intimité morale et de la collaboration pécuniaire qu'elle suppose à sa base »? ⁽⁶⁷⁾. Le malheur est que cette indécision verbale se traduit par une solution positive : élargissant un système qui avait été préconisé avant lui (nous y reviendrons) pour certaines clauses comme la communauté universelle ou l'attribution de la totalité de

(65) Pol Robert, thèse précitée, p. 188 et suiv.

(66) Robert, *op. cit.*, p. 67-74.

(67) Robert, *op. cit.*, p. 193.

la communauté au survivant, M. Pol Robert admet que tous les avantages matrimoniaux constituent des donations en présence d'une intention libérale manifeste, appréciée d'après l'ensemble des circonstances de la cause. Ainsi la nature onéreuse de ces avantages est toujours une réalité, mais elle ne tient plus qu'à un fil, puisqu'un souffle psychologique des parties, décelé arbitrairement par le juge, suffit à la métamorphoser en libéralité. Tout cela ne laisse pas subsister grand'chose de l'onérosité si bien affirmée en principe.

Nous n'avons longuement fait état de la thèse de M. Robert que parce qu'elle est très représentative des incertitudes contemporaines. De ces incertitudes, nous avons un nouvel exemple avec l'exposé de MM. Planiol, Ripert et Nast⁽⁶⁸⁾. Si, d'après les trois auteurs, l'onérosité des avantages matrimoniaux trouve sa justification rationnelle dans la nature même de la société conjugale — cette société étant une société sans but lucratif, ajoutent-ils par une idée tout à fait malencontreuse (nous le verrons) — elle leur paraît trouver son explication technique dans la notion de présomption légale : la loi présumerait irréfragablement⁽⁶⁹⁾ que les avantages matrimoniaux ont une nature onéreuse, comme, à l'inverse, dans le cas de secondes noces, elle présumerait irréfragablement qu'ils ont une nature de libéralité à l'égard des enfants du premier lit⁽⁷⁰⁾. Mais nous savons par expérience que ces prétendues présomptions légales, que les interprètes se forgent eux-mêmes, ne ressemblent à rien tant qu'aux fictions : ce n'était vraiment pas la peine de chasser la fiction pour la réintroduire sous un autre voca-

(68) Planiol, Ripert et Nast, II, nos 963 et suiv.

(69) MM. Planiol, Ripert et Nast (II, n° 971), suivant de vieux errements, réservent, toutefois, la preuve contraire en présence d'une communauté universelle déguisant une libéralité.

(70) Planiol, Ripert et Nast, II, n° 973.

ble. La même critique pourrait être adressée à M. Josserand, quand, après avoir essayé de justifier sur le mode empirique la règle d'onérosité, il en vient à déclarer ceci : « Ce n'est donc pas, à vrai dire, par suite d'une fiction légale que de tels avantages sont traités ainsi que des conventions entre associés, mais, bien plutôt en vertu d'une présomption légale conforme aux probabilités : afin d'éviter des procès et pour donner la sécurité à tous, le législateur évince d'autorité l'*animus donandi* des avantages matrimoniaux; il présume que l'intention libérale, base de toute libéralité, n'a pas présidé à l'aménagement de ces conventions. Et cette présomption, tout à fait raisonnable, en harmonie avec le *plerumque fit*, a un caractère irréfragable : réserve faite du cas où la prétendue convention de mariage se ramènerait en fait à une donation déguisée, son caractère onéreux ne saurait être mis en question » (71). Cette réserve des donations déguisées laisse rêveur, tout comme celle de l'intention libérale chez M. Robert : on ne peut s'empêcher de penser qu'ouvrir ainsi les avantages matrimoniaux aux recherches d'intention et de déguisement, c'est, en pratique, réduire à néant le principe de leur nature onéreuse. « En présence d'enfants issus d'un précédent mariage, continue M. Josserand, les avantages matrimoniaux sont, à tous égards, de véritables libéralités... Le législateur, se conformant à une tradition..., renverse la présomption instituée pour le cas ordinaire...; il présume l'*animus donandi*, qu'il éliminait, au contraire, dans l'éventualité précédente; et sa présomption, comme la présomption inverse dans le cas normal, est irréfragable; elle ne souffre pas la preuve contraire : les conditions dans lesquelles l'avantage a été consenti le rendent suspect et lui impriment, *juris et de jure*, le caractère d'une libéralité » (72). C'est donc toujours

(71) Josserand, *Cours de Droit civil positif français*, III, n° 695.

(72) Josserand, *op. cit.*, n° 698.

la même chose : la nature juridique des avantages matrimoniaux est conçue comme le produit d'une technique artificielle, comme une cire molle que le législateur modèle à son gré, sur le titre gratuit ou sur le titre onéreux. Avec l'Ecole de l'Exégèse, il n'y avait qu'une fiction; ici, il y a deux artifices.

On trouve, chez MM. Colin et Capitant, les germes d'un système ingénieux, qui semble bien ne pas encourir de tels reproches : « La véritable explication, écrivent les savants jurisconsultes, doit être cherchée dans l'intention qui a guidé les époux, lorsqu'ils ont adopté les conventions matrimoniales d'où résulte, directement ou indirectement, un avantage pour l'un d'eux. Cette intention est souvent, de la part de l'époux qui paraît se dépouiller, moins le désir de faire à l'autre une libéralité que celui de lui assurer, s'il survit, le moyen de subsister convenablement; en d'autres termes, l'avantage envisagé est *l'acquiescement éventuel de l'obligation* qui astreint mutuellement les époux à se mettre réciproquement, même après leur mort, à l'abri du besoin » (73). Un auteur récent, M. Champeaux, a repris cette formule (dont la portée se limite, du reste, aux avantages stipulés pour le cas de survie), et il l'a précisée en mettant en avant l'idée d'obligation naturelle (74). On sait que le paiement d'une obligation naturelle ne constitue pas, selon l'opinion dominante, une donation. Ici, il existerait, entre les conjoints, une obligation naturelle de ne pas se laisser dans le dénûment après la mort, obligation naturelle qui, du jour de la dissolution du mariage, succéderait à l'obligation légale de secours. La préexistence de cette obligation naturelle enlèverait aux gains de survie (qui n'en seraient que l'exécution) leur caractère de libéralités. Mais nous estimons

(73) Colin et Capitant, III, p. 223.

(74) Champeaux, *Etude sur la notion juridique de l'acte à titre gratuit en droit civil français*, thèse Strasbourg, 1930, p. 232 et suiv.

qu'un pareil système porte en lui un vice irrémédiable. il fausse la notion d'obligation naturelle, il la détourne de son sens technique précis, en l'assimilant au devoir moral. Sans doute cette assimilation est-elle prônée par nombre de contemporains; elle n'en est pas moins, selon nous, inadmissible, car elle tend à la confusion de deux sciences aussi radicalement distinctes que la morale et le Droit⁽⁷⁵⁾. Le prolongement du devoir de secours au bénéfice du conjoint survivant ne saurait, en aucun cas, revêtir l'aspect technique d'une obligation naturelle : ou l'on reste dans le cadre de l'article 205 (rédaction de la loi du 9 mars 1891), et il y a une véritable obligation civile; ou l'on sort de ce cadre, et il n'y a plus qu'un simple devoir de conscience, voire un simple sentiment affectueux, qui ne peut se concrétiser juridiquement dans autre chose qu'une donation. Soutenir le contraire, c'est introduire dans la question des avantages matrimoniaux un sentimentalisme qui n'y a pas sa place⁽⁷⁶⁾.

Il faut noter, d'ailleurs, que de l'idée d'obligation naturelle, M. Champeaux conclut au défaut de gratuité, non à l'onérosité des avantages matrimoniaux. Comme l'acquiescement d'une obligation naturelle quelconque, ces avantages lui paraissent ressortir à une catégorie intermédiaire entre le titre gratuit et le titre onéreux⁽⁷⁷⁾. La théorie n'est pas neuve : on la relève dès 1914 dans une consultation de Saleilles⁽⁷⁸⁾. Saleilles parlait du « caractère commutatif mixte » des avantages matrimoniaux. Ce

(75) Comp. en ce sens, Bonnecase, *Supplément au Traité de Baudry-Lacantinerie*, V, nos 144-152.

(76) On peut ajouter que, si l'idée d'obligation naturelle était exacte, elle le serait tout autant pour les véritables donations de biens à venir entre époux que pour les avantages matrimoniaux. D'où cette conséquence singulière que des donations pourraient ne pas avoir un caractère gratuit.

(77) Champeaux, *op. cit.*, p. 236.

(78) Saleilles, *Une interprétation vaudoise d'une disposition du Code civil français* (*Revue trim.*, 1914, *Supplément au n° 1*), n° 12.

caractère lui semblait tenir à ce que, dans la communauté conjugale, les avantages économiques peuvent être balancés par des équivalents d'une nature non pas morale, mais « fonctionnelle ». Il entendait par là que l'avantage matrimonial, destiné à faciliter l'accomplissement, par l'un des époux, d'une fonction supérieure inhérente à la vie de famille, perdait son caractère matériellement gratuit, sans acquérir pourtant un caractère onéreux. Cette idée de fonction ne manquait pas de profondeur; encore aurait-il fallu l'appuyer par une démonstration rigoureusement technique, plutôt que par un appareil sentimental. Triomphe du flou et du *sui generis*, les conceptions de Saleilles ne pouvaient pas ne pas trouver faveur auprès d'une fraction de la doctrine la plus récente. M. Croizat s'en inspire visiblement, dans un article qui marque bien les dernières positions de l'Ecole scientifique touchant la notion d'avantage matrimonial. Il affirme que les avantages matrimoniaux ont une nature juridique originale, qui les différencie des actes à titre onéreux autant que des donations : « Ce sont, répète-t-il avec insistance, des conventions de mariage et entre associés. » Les conventions entre associés, les conventions de société, n'ont-elles donc pas un caractère onéreux? Une explication en serait bienvenue⁽⁷⁹⁾. Si encore cette nature originale avait quelque fixité, quelque permanence! Le malheur est qu'il n'en est rien, puisque, d'après M. Croizat, dans le cas de secondes noces ou de divorce, les conventions de mariage et entre associés doivent être traitées en tout comme de

(79) Croizat, article précité (*Revue critique*, 1928), nos 5-6. — M. Croizat paraît emprunter, sur ce point, le langage de M. Capitant (*Revue critique*, 1927, p. 21 et suiv., n° 7); mais, en l'empruntant, il le dénature. Les termes employés par M. Capitant se comprenaient fort bien dans l'hypothèse particulière dont il s'agissait : à savoir, pour l'exécution d'une clause de prélèvement de fonds de commerce moyennant indemnité. Généralisés comme ils le sont par M. Croizat, ils ne se comprennent plus du tout.

véritables libéralités, cette assimilation dérivant, non pas de leur nature, mais du but de l'action en retranchement et du rôle de la déchéance de l'article 299 ⁽⁸⁰⁾. Ainsi, ce qui compte, ce n'est point la nature des choses, c'est le but. On voit que, si M. Croizat repousse la théorie de la fiction ⁽⁸¹⁾, il se réserve une liberté singulière dans le maniement de la réalité. Sa conclusion ne saurait, dès lors, surprendre : « Il faut donc admettre, déclare-t-il, que le terme d'avantage matrimonial n'a pas encore acquis une valeur technique définitivement arrêtée et que la notion d'avantage matrimonial varie suivant le point de vue auquel on se place pour l'envisager. » ⁽⁸²⁾. C'est toujours la même brume qui enveloppe la nature juridique des avantages matrimoniaux ! M. Croizat prétend, il est vrai, couvrir ses solutions fuyantes de l'autorité de la jurisprudence. Mais nous allons examiner tout de suite ce que vaut cette autorité.

B. — LA JURISPRUDENCE

Pendant la majeure partie du xix^e siècle, il semble bien que la jurisprudence, spécialement la jurisprudence de la Cour de cassation, ait consacré — autant qu'il était en son pouvoir de consacrer une théorie abstraite — la théorie de la fiction. Jusqu'aux dernières années du siècle, en effet, elle fit prévaloir une interprétation nettement restrictive sur tous les textes du Code favorables à l'onérosité des avantages matrimoniaux. Or, si la fiction commande une interprétation stricte d'après les méthodes d'exégèse, on est en droit de supposer ici, sous une interprétation stricte, la reconnaissance de la fiction. Le système jurisprudentiel se montra, d'ailleurs, restrictif, non seulement en ce qu'il limita le bénéfice de l'onérosité aux

(80) Croizat, *loc. cit.*, n° 18.

(81) Croizat, *loc. cit.*, n° 12.

(82) Croizat, *loc. cit.*, n° 52.

clauses définies par le législateur, mais encore en ce qu'il tendit, même pour ces clauses, à réduire la portée du titre onéreux. La tentative la plus curieuse, à ce dernier point de vue, réside peut-être dans deux arrêts de la Cour suprême, qui, tout à fait au début du xix^e siècle et pour des contrats de mariage passés sous l'empire de l'ancien Droit, n'hésitèrent pas à traiter d'incontestables avantages matrimoniaux en libéralités quant à la perception des droits d'enregistrement⁽⁸³⁾, comme si la fiction d'onérosité expirait aux frontières du Droit civil. Cette bizarrerie, qu'inspirait la notion de fiction combinée avec l'idée de l'autonomie du Droit fiscal⁽⁸⁴⁾, fut un épisode sans lendemain⁽⁸⁵⁾. Plus sérieuse fut la signification de la jurisprudence en matière de communauté universelle : en subordonnant, comme nous le constaterons, l'onérosité de cette clause à l'absence d'une intention libérale manifeste, la Cour de cassation montra que pareille onérosité n'était, pour elle, qu'une fiction fragile, prête à céder devant l'indice d'un état psychique contraire. Mais tout cela est le passé. Aujourd'hui, la théorie de la fiction est jurisprudentiellement en déroute. La bataille a été perdue par elle sur le terrain de la clause portant attribution de la totalité de la communauté, apports compris, au conjoint survivant. En décidant que cette stipulation avait un caractère onéreux, bien qu'elle ne rentrât pas dans les termes précis de l'article 1525, qui accorde aux héritiers du prédécédé la faculté de reprendre les apports de leur auteur — les arrêts Grégoire et Pety ont indubitablement condamné l'idée de fiction en 1890 et 1899⁽⁸⁶⁾. Nouvelle condamnation, en 1908, avec l'arrêt Bolo-Muller, qui se ré-

(83) Civ., 19 août 1806, S., 1806.1.431, et 26 mai 1807, S., 1807.1.276.

(84) Comp. Rodière et Pont, III, n° 1615.

(85) V. déjà l'arrêt Tribard, Civ., 6 mars 1822, S., 1822.1.406.

(86) Ch. réunies, 19 déc. 1890, S., 91.1.130; Civ., 2 août 1899, S., 1900.1.233, note de M. Ferron; D., 1901.1.433, note de M. A. Colin. Nous retrouvons plus loin cette jurisprudence.

fuse à admettre qu'une convention de communauté légale puisse perdre son titre onéreux à raison des mobiles libéraux dont manifestement elle découle⁽⁸⁷⁾. En somme, *on peut dire que, à l'heure actuelle, la jurisprudence voit dans la nature onéreuse des avantages matrimoniaux, non plus le produit d'une fiction, mais la pure traduction d'une réalité juridique.*

Nous avons raisonné jusqu'ici sur le cas normal : celui où il n'y a pas d'enfants d'un premier lit. Mais qu'advient-il de la jurisprudence dans le cas contraire? Cette hypothèse des secondes noces est, au fond, la pierre de touche des diverses conceptions quant à la nature juridique des avantages matrimoniaux. Elle force chaque théorie à faire son examen de conscience : les Exégètes sont amenés à reprendre contact, au travers de la fiction, avec ce qu'ils imaginent être la réalité, et surtout, les contemporains sont obligés de mesurer l'exacte profondeur de la réalité inverse, dont ils se sont institués les défenseurs. Or — nous ne faisons aucune difficulté pour le reconnaître — *une jurisprudence très nette décide que les avantages matrimoniaux* (sous réserve, bien entendu, des avantages en revenus que vise l'article 1527 *in fine*) *constituent, de tout point, des libéralités en présence d'enfants nés d'un premier mariage.* Cette jurisprudence est d'autant plus remarquable qu'elle s'est édifiée sur des textes très peu explicites : les articles 1496 et 1527 évitent soigneusement de prononcer les termes de libéralité, donation, réduction, et cela aurait dû paraître significatif. On invoque, il est vrai, la continuité historique qui lierait le système jurisprudentiel au système reçu dans l'ancien Droit⁽⁸⁸⁾. Mais l'argument de tradition — même pour ceux qui accordent quelque crédit à ce genre d'argument — n'est pas ici très sûr. Dans l'ancien Droit, à ce qu'il semble, l'action en retranchement était considérée comme une espèce de *con-*

(87) Req., 3 févr. 1908, S., 13.1.517; D., 1908.1.93.

(88) En ce sens, Pol Robert, thèse précitée, p. 71.

dictio ex lege, dirigée contre une société ayant quelque chose d'illicite, et non pas comme une action en réduction dirigée contre une libéralité excessive; aussi les enfants du premier lit étaient-ils admis à l'exercer sans avoir besoin de se porter héritiers. La meilleure preuve de ce que nous avançons, c'est que, dans les premières années qui suivirent la promulgation du Code, la jurisprudence, encore pénétrée des souvenirs de l'ancien Droit, attribua à l'action en retranchement une nature tout à fait différente de celle de l'action en réduction, donc aux avantages matrimoniaux retranchés une nature tout à fait différente de celle des donations entre époux. C'est ainsi que, dans une affaire Régis-Leblanc⁽⁸⁹⁾, on vit la Cour de cassation décider que l'enfant du premier lit pouvait, dès avant le décès de son auteur, lors de la dissolution de la communauté avantageuse par séparation de biens, prendre des mesures conservatoires pour la protection de ses droits, puis la Cour de Bordeaux, allant plus loin, affirmer que l'époux remarié lui-même pouvait demander le retranchement contre son conjoint avantagé. Ces solutions paraissent aujourd'hui extravagantes, tant on s'est habitué à faire entrer les articles 1496 et 1527 dans la théorie générale de la réserve héréditaire; mais, à l'époque, il en était autrement. C'est sous l'influence de la doctrine, et, par conséquent, de l'idée de fiction que la jurisprudence, au cours du xix^e siècle, évolua vers une assimilation des avantages matrimoniaux aux libéralités dans l'hypothèse de secondes noces⁽⁹⁰⁾. Toutefois, la question resta assoupie jusqu'à un célèbre arrêt dissident de la Cour d'appel de Nancy, l'arrêt Firino, du 25 février 1891⁽⁹¹⁾. Cet arrêt, véritable

(89) Cass. civ., 27 mars 1822, S., 22. 4. 345, et sur renvoi, Bordeaux, 5 juill. 1824, S. 24. 2. 218.

(90) V. par ex. Colmar, 19 févr. 1843, D. 46. 2. 197; Req., 13 juin 1835, S., 33. 4. 313; Paris, 26 juin 1880, S., 80. 2. 345; Req., 20 avril 1880, S., 81. 1. 70.

(91) Nancy, 25 février 1891, S. 92. 2. 65, note Bourcart; D., 91. 2. 353, note Planiol.

décision de principe, pose en thèse que les avantages matrimoniaux ne doivent pas être envisagés comme des donations, même en cas de second mariage et à l'égard des enfants du premier lit. « Attendu, y lit-on, que la disposition des articles 1496 et 1527, qui permet aux enfants du premier lit d'obtenir, par voie de retranchement, la réduction de l'avantage procuré par leur auteur à son nouveau conjoint, si cet avantage excède celui que l'article 1098 autorise, n'implique pas forcément la preuve que le législateur ait voulu assimiler un tel avantage à une véritable donation...; Attendu qu'il ne faut voir, dans le renvoi que les articles 1496 et 1527 font aux dispositions de l'article 1098, qu'un mot employé par le législateur pour fixer la *mesure* de ce que le conjoint d'un veuf ou d'une veuve pourra recevoir en sa qualité de commun en biens, et non une transformation quelconque de la *nature* même du titre de cet époux. » La Cour de Nancy en déduit que la portion non retranchée des avantages ne doit pas être imputée sur la quotité disponible, qui peut, dès lors, être dévolue en totalité aux légataires universels. L'arrêt Firino surprit la doctrine et souleva ses protestations, témoin les notes de MM. Bourcart et Planiol. Dès la même année, la Cour d'appel de Bourges prit le contre-pied de sa sœur de Nancy ⁽⁹²⁾. Une controverse était allumée : quel parti allait choisir la Cour de cassation? Vers le même temps, elle abandonnait la théorie de la fiction. Or, ce n'était que cette théorie qui pouvait expliquer, de façon satisfaisante, le système classique : la réalité, c'est-à-dire la gratuité, bridée par la fiction pour l'hypothèse de mariage unique, reprenait spontanément son empire, dès que l'on sortait de l'hypothèse prévue. Mais si la réalité résidait, au contraire, dans l'onérosité des avantages matrimoniaux, comment concevoir qu'elle pût

(92) Bourges, 28 déc. 1891, S., 92. 2. 69; D., 93. 2. 169.

être altérée, sans texte formel, au cas de secondes noces? Après s'être débarrassé de la fiction traditionnelle, fallait-il donc s'en créer une nouvelle, à rebours? C'est, pourtant, dans cette voie d'illogisme qu'entra la Cour suprême. Par l'arrêt Laporte en 1907 ⁽⁹³⁾, par l'arrêt Lévy-Primat en 1912 ⁽⁹⁴⁾, la Chambre des requêtes se prononça pour une assimilation très poussée des avantages matrimoniaux aux donations dans l'hypothèse de second mariage. La Chambre civile la rejoignit, en 1915 dans l'arrêt Hauchecorne, étendant la règle de l'article 922 du Code civil à l'action en retranchement ⁽⁹⁵⁾. Mais ce fut huit ans plus tard, avec l'arrêt Galichon, émanant de la même Chambre, que le système jurisprudentiel atteignit son summum ⁽⁹⁶⁾. L'espèce mettait en conflit, dans un partage de succession, le second conjoint, survivant, avantage par le jeu de la communauté légale, et un premier conjoint, divorcé, gratifié directement par le *de cujus*; il y avait, d'ailleurs, des enfants du premier lit. Le premier conjoint pouvait-il, pour calculer le montant de son disponible de manière à le grossir, réunir à la masse les avantages matrimoniaux recueillis par le second, en les traitant comme des libéralités? La Cour de cassation répondit par l'affirmative, déclarant que l'action en retranchement avait restitué le caractère de donation à ces avantages. La doctrine, qui, jusqu'alors, avait suivi d'un œil bienveillant la marche de la jurisprudence, a été soudain effrayée par la hardiesse de l'arrêt Galichon ⁽⁹⁷⁾. Elle

(93) Req., 17 avril 1907, S., 43. 1. 203. — L'arrêt Laporte offrait cette singularité que c'était, en l'espèce, le second conjoint qui avait intérêt à faire ressortir la nature gratuite de l'avantage engendré par la communauté légale, afin de pouvoir, par interprétation de volonté, transporter à cet avantage, comme à une donation, le droit d'option que le *de cujus* avait attaché à un legs devenu inefficace.

(94) Req., 25 juin 1912, D., 43. 1. 173. — Il s'agissait, dans cet arrêt, de l'imputation de l'avantage sur l'usufruit légal du conjoint survivant.

(95) Civ., 12 janv. 1915, S., 17. 1. 434.

(96) Civ., 27 mars 1923, S., 23. 1. 204; D., 23. 1. 461, note de M. Capitant.

(97) Comp. Capitant, note précitée; Célice, *Du concours à un même*

a critiqué, dans cet arrêt, l'extension démesurée d'un texte exceptionnel, écrit en faveur des seuls enfants du premier lit. Mais c'est beaucoup plus tôt que la critique aurait dû être faite. L'arrêt Galichon n'est que logique avec l'idée de libéralité; c'est l'idée de libéralité qui est illogique : c'est à elle qu'il faudrait s'en prendre. Or, les auteurs n'en font rien. Qui plus est, ils croient affaiblir le système de l'arrêt en soutenant qu'un même avantage pourrait très bien avoir à la fois une nature gratuite à l'égard des enfants du premier lit, et une nature onéreuse à l'égard de toute autre personne. On dirait, à les entendre, que l'un des principes directeurs de la connaissance, le principe d'identité, n'existe pas pour la science du Droit (98). C'est là justement l'erreur originelle de la jurisprudence. C'est du jour où la Cour de cassation a admis que l'onérosité essentielle de l'avantage matrimonial pouvait, au gré de circonstances extérieures, se changer en gratuité, c'est de ce jour qu'elle a été vouée à des résultats aussi critiquables que ceux de l'arrêt Galichon. Le remède préconisé par la doctrine ne ferait que perpétuer et aggraver la confusion. L'ordre et la clarté ne seront rétablis dans le problème que lorsque l'on aura

partage d'un conjoint divorcé et d'un conjoint survivant avantagés successivement par le de ejus (Revue critique, 1924, p. 272-296 et 354-377); Planiol, Ripert et Nast, II, n° 975.

(98) Rien n'est plus significatif, à cet égard, que certain passage de la dissertation de M. Célice (p. 363) : « Pas plus au point de vue rationnel qu'au point de vue pratique, déclare l'auteur, il n'est contestable qu'un même acte puisse avoir plusieurs natures. La classification des actes en diverses catégories est une création artificielle de l'esprit. Ce n'est pas la nature d'un acte qui détermine ses effets, ce sont ses effets qui, par induction, permettent de déterminer sa nature. Dès lors, si la loi, si les besoins sociaux exigent qu'un même acte ne produise pas les mêmes effets à l'égard de tout le monde, pourquoi hésiterait-on à conclure que cet acte puisse avoir plusieurs natures? Ce serait être esclave d'une création technique purement artificielle que de vouloir, en dépit de la réalité, considérer tous les rapports de droit que cet acte peut engendrer comme nécessairement identiques. » — Un sophiste avait dit déjà : « Je ne suis pas libre, si j'obéis à ma raison. »

renoncé, une fois pour toutes, à supposer sous les avantages matrimoniaux, contre tout rationalisme, une nature juridique à transformations.

Jusqu'ici, nous constatons que la *jurisprudence rattache la notion d'avantage matrimonial, selon l'hypothèse, tantôt au titre onéreux, tantôt au titre gratuit, mais nous ne voyons rien qui nous autorise à penser qu'elle en fasse une catégorie à part, également distincte de l'un et de l'autre titre*. Où donc est la théorie jurisprudentielle sur laquelle M. Croizat prétend asseoir son système? Uniquement dans quelques décisions relatives à des clauses de prélèvement de biens communs moyennant indemnité, en particulier à des clauses commerciales — décisions qui, pour la plupart, statuant en matière fiscale, se bornent à dispenser pareils prélèvements des droits frappant les mutations à titre onéreux, spécialement les cessions de fonds de commerce ⁽⁹⁹⁾. *C'est une base bien étroite pour supporter une affirmation aussi générale que celle de M. Croizat : à savoir que les avantages matrimoniaux ont une nature originale, ni gratuite, ni onéreuse. C'est, au surplus, une base fausse* et, pour s'en rendre compte, il suffit d'examiner de près les décisions invoquées. Lorsqu'ils exemptent des droits de mutation à titre onéreux, ou lorsqu'ils soustraient à la surenchère de la loi du 17 mars 1909, le prélèvement de biens communs effectué par le conjoint survivant, en vertu du contrat de mariage, à charge d'indemnité — nos tribunaux n'entendent visiblement point

(99) Le point de départ de cette jurisprudence, en matière fiscale, réside dans un jugement du Tribunal de Lille du 27 août 1853 (D., 54. 3. 73), le jugement Lestienne, ainsi que dans un arrêt de la Chambre civile du 7 avril 1856 (S., 56. 1. 358; D., 56. 1. 207), l'arrêt Vve Lecoq, mettant fin à une jurisprudence contraire du Tribunal de la Seine (Seine, 19 juill. 1854, sous Cass., D., 56. 1. 207; 14 mars et 17 août 1855, D., 55. 5. 183). — Comp. dans le sens du jugement Lestienne, Lille, 27 déc. 1900, S., 1903. 2. 119, et 27 déc. 1901, D., 1901. 5. 101, et, en matière civile, Paris, 11 déc. 1924, D., 25. 2. 39.

dire que cette attribution payée n'a pas un titre onéreux, mais seulement qu'elle ne constitue pas une vente, ni un partage avec soulte, et cela est tout à fait différent. Il y a, selon leur propre formule, convention de mariage et entre associés, exécution des stipulations d'un pacte social. « Le droit de propriété du survivant, déclare excellemment un arrêt Vve Lecoq, rendu par la Chambre civile de la Cour suprême le 7 avril 1856 — prend son origine et son titre, non dans un contrat consensuel à intervenir avec les héritiers du prémourant, mais dans la clause du contrat de mariage qui lui fait attribution de ce droit pour le cas où la chance aléatoire de survie s'ouvrira en sa faveur. » Il est vrai que, dans les sociétés ordinaires, la jurisprudence, notamment au point de vue fiscal ⁽¹⁰⁰⁾, analyse comme une cession-vente, comme une cession-vente sous condition suspensive ⁽¹⁰¹⁾, la clause par laquelle il est stipulé que l'associé survivant aura le droit de conserver pour lui l'établissement social tout entier, sauf à indemniser, selon des modalités diverses, les ayants cause du prémourant. Donc, pourrait objecter M. Croizat, il y a pour la société conjugale un traitement original, qui implique une nature juridique originale sous l'angle de la distinction du titre gratuit et du titre onéreux. Mais l'objection ne saurait nous impressionner. D'abord, puisque la question d'enregistrement est ici prédominante, disons que la jurisprudence peut très bien, sans que cela signifie, de sa part, la reconnaissance d'une différence de nature juridique, se refuser à étendre aux stipulations de la société conjugale la fiscalité dont elle croit devoir grever les stipulations similaires des sociétés en droit commun. Les dispositions fiscales ont une portée vraiment trop li-

(100) Comp. Palvadeau, *Les cessions de droits sociaux : Droit fiscal et Droit civil*, thèse Bordeaux, 1931, p. 146-166.

(101) Comp. Thaller, *Traité élémentaire*, n° 436.

mitée pour que l'on puisse songer raisonnablement à adapter à un régime matrimonial donné la fiscalité générale de l'institution juridique à laquelle ce régime paraît s'apparenter ⁽¹⁰²⁾. En toute hypothèse, par conséquent, nos tribunaux ne pouvaient mieux faire que d'écarter, pour les avantages matrimoniaux en litige, l'application des droits de mutation à titre onéreux. Mais, même en dehors de là, nous avons une raison, plus catégorique, pour approuver la jurisprudence de ne pas avoir étendu à la communauté la théorie de la cession-vente conditionnelle : c'est que cette théorie est en soi contestable et, d'après nous, bien inférieure à celle qui a prévalu pour la communauté entre époux. Ainsi, des deux solutions jurisprudentielles opposées, relatives aux clauses de dévolution moyennant indemnité, l'une en droit commun, l'autre en matière conjugale, la seconde ne doit pas être considérée comme une dérogation à la première, dérogation limitée tenant au particularisme de la communauté en face de la distinction du titre gratuit et du titre onéreux; elle aspire, au contraire, elle aussi, à une généralité d'application, et, loin d'être liée à la nature juridique prétendue originale des avantages matrimoniaux, elle pourrait être transportée, avec grand profit, aux sociétés ordinaires. Des auteurs ont déjà relevé combien peu satisfaisante était la théorie de la cession-vente conditionnelle ⁽¹⁰³⁾; les contra-

(102) C'est ainsi que, dans la doctrine classique, personne n'a prétendu assujettir les contrats de mariage portant adoption du régime dotal aux droits de mutation qui atteignent les cessions d'usufruit à titre onéreux. De même, parmi les auteurs qui déclarent que la femme séparée de biens est en pension chez le mari, il n'en est aucun qui ait proposé de taxer le régime de séparation de biens comme bail à nourriture. Plus sérieusement, alors que, d'après la jurisprudence, l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières est applicable aux parts d'intérêt dans les sociétés universelles (arrêt *Pereire*, Req., 28 janv. 1879, S., 80. 1. 87), il est constant que les bénéfices produits par la communauté conjugale, qui est une société universelle, ne sont pas grevés de cet impôt.

(103) Comp. les observations de M. Trasbot, *De la continuation de*

dictions auxquelles elle aboutit sur le terrain fiscal ⁽¹⁰⁴⁾ nous paraissent trahir son inexactitude fondamentale. Une analyse plus approfondie des stipulations litigieuses aurait, sans doute, amené la jurisprudence à une conception très voisine de celle qu'elle a dégagée pour les avantages matrimoniaux correspondants ⁽¹⁰⁵⁾. Le droit de propriété de l'associé survivant, peut-on dire en calquant les termes de l'arrêt Vve Lecoq, prend son origine et son titre, non dans un contrat consensuel de vente à intervenir avec les héritiers de l'associé prémourant, mais dans la clause des statuts qui lui fait attribution de ce droit pour le cas où la chance aléatoire de survie s'ouvrira en sa faveur. Plus précisément, l'attribution payée n'est que le mode de réalisation d'un bénéfice social d'ordre exceptionnel. Ce bénéfice consiste dans le droit même qui est conféré à l'associé survivant, droit de conserver pour son compte tout ou partie du fonds de la société moyennant un prix fixé de telle ou telle manière. Il ne s'agit point d'une promesse de vente; mais, tout comme le droit d'option dans la promesse de vente, le droit ainsi conféré a, par lui-même et indépendamment des biens sur lesquels il pourra s'exercer, une valeur pécuniaire indéniable ⁽¹⁰⁶⁾. C'est un avantage économique que les associés sont appelés à recueillir, selon l'événement de leur survie, en tant qu'associés : c'est, techniquement, un bénéfice. L'opération par la-

l'entreprise après décès d'un associé et de l'indemnisation de ses ayants droit sur la base du dernier inventaire (Journal des sociétés, 1929, p. 129 et suiv.).

(104) Comp. Palvadeau, thèse précitée, p. 162 et suiv.

(105) Il est curieux d'observer que la parfaite symétrie des deux questions a été signalée, il y a déjà longtemps, à la jurisprudence : on lui a remontré que la solution fiscale admise par elle pour la société conjugale ne pouvait pas, sous peine de contradiction, ne pas être étendue aux sociétés ordinaires; mais le raisonnement n'a obtenu aucun succès (Cass. civ., 27 juill. 1870, S., 70. 1. 402 et la note. — Comp. aussi la note de M. Wahl au S., 1892. 2. 323).

(106) Comp. F. Dupuis, *De la clause de reprise du fonds de commerce*, thèse Paris, 1931, p. 87 et suiv.

quelle ce bénéfice se concrétise, ne saurait être une vente, greffée extérieurement sur la société; ce ne peut être qu'une pièce constitutive du mécanisme social. Voilà comment la question aurait dû être posée pour les sociétés ordinaires; et voilà comment elle a été effectivement posée, en jurisprudence, pour la société conjugale. Flagrante est donc l'illusion de M. Croizat, qui s'imagine que les tribunaux, parce qu'ils refusent de traiter comme ventes des attributions de biens communs contre indemnité, entendent prêter aux avantages matrimoniaux en résultant une nature juridique originale, ni gratuite, ni onéreuse. Les tribunaux repoussent certes — et à bon droit — l'idée de vente, mais c'est pour faire surgir aussitôt la notion de bénéfice social et, du même coup, l'onérosité essentielle qu'elle implique.

III. — Quel est le critérium de différenciation de l'avantage matrimonial? — Etude critique des conceptions doctrinales et jurisprudentielles.

C'est un point avéré que, selon notre Droit positif, il existe, dans les rapports pécuniaires dérivant, entre époux, du contrat de mariage ou du mariage lui-même, des enrichissements qui ont une nature onéreuse. Deux catégories juridiques s'opposent donc radicalement, soumises à des réglementations totalement différentes : les avantages matrimoniaux, d'une part; les donations consenties entre futurs conjoints par contrat de mariage, d'autre part. Entre les deux catégories, quel est le critérium de différenciation? Doctrine et jurisprudence ont dédoublé le problème. Il semble y avoir, en effet, deux manières de le poser. On peut se demander, d'abord, quel est le critérium qui permet de rattacher un type abstrait d'enrichissement entre époux à la catégorie des avantages matrimoniaux et, par là, de le soustraire aux règles restrictives des donations. C'est l'aspect le plus connu du

problème : comment dresser le catalogue des avantages matrimoniaux ? Les divers types d'enrichissements entre époux étant rangés à la file : communauté légale, préciput, préciput accordé à la femme renonçante, communauté universelle, etc., et, tout à fait à l'autre bout, donations par contrat de mariage, où placer, dans cette gamme, la césure, au delà de laquelle il y a nécessairement libéralité ? Il s'agit alors de caractériser les avantages matrimoniaux d'après l'objet sur lequel ils portent, de rechercher l'*étendue maximum* que peut présenter cet objet, de déterminer (en un mot) la notion d'avantage matrimonial sous le rapport de son *extension*. Mais on peut se demander aussi quel est le critérium qui permet de décider, dans chaque cas concret, si un enrichissement, indifféremment susceptible, par son objet, de constituer un avantage matrimonial ou une donation, constitue en fait l'un ou l'autre. Et voilà le second aspect du problème : entre un avantage matrimonial et une donation, qui portent, par hypothèse, sur un objet identique, dans quel attribut profond, dans quel caractère interne découvrir un élément de différenciation ? Ce qui est alors en jeu, c'est de déterminer la notion d'avantage matrimonial sous le rapport de sa *compréhension*. Telles sont les deux questions séparées dans lesquelles jurisprudence et doctrine (celle-ci, moins excusable que celle-là) désagrègent le problème d'ensemble. Les auteurs, en général, ne paraissent pas se rendre compte qu'il existe une parenté, voire une identité entre les deux questions. Bien plus, aggravant les vices d'une méthode aussi fragmentaire, ils se consacrent presque exclusivement à étudier la première, sauf à l'emmêler parfois de considérations isolées (comme celle de l'intention libérale) qui trouveraient mieux leur place dans la seconde ; mais de cette seconde question elle-même, ils ne se préoccupent que très superficiellement. Or, la première question, si elle est la plus facile, la plus saisis-

sable, est loin d'être la plus importante. Les solutions qu'elle appelle ne sauraient être, *a priori*, que des solutions incomplètes; car le critérium dont elle implique la recherche, s'il est susceptible de délimiter la zone hors de laquelle il ne peut plus y avoir avantage matrimonial, est absolument impuissant à faire connaître pourquoi, à l'intérieur de cette zone, il y a en certains cas, avantage matrimonial et, en d'autres cas, donation. C'est donc bien à tort que les auteurs s'imaginent rencontrer là le critérium véritable de l'avantage matrimonial. Ils ne pourraient atteindre leur objectif que par une voie tout à fait opposée à celle qu'ils ont prise : par une synthèse des deux questions qu'ils ont dissociées, et qui sont, en réalité, fonction l'une de l'autre, comme l'extension et la compréhension d'un même concept, plus exactement par une intégration de la première dans la seconde. C'est faute d'avoir saisi le problème dans son ensemble qu'ils se sont condamnés, même du point de vue étroit qui est le leur, à n'obtenir, sur une question comme sur l'autre, que des résultats extrêmement fragiles, ainsi que nous allons le constater.

A. — L'EXTENSION DE LA NOTION D'AVANTAGE MATRIMONIAL
DANS LES CONCEPTIONS DOCTRINALES ET JURISPRUDENTIELLES.

Accentuant leurs tendances à la fragmentation, les conceptions courantes inclinent à admettre qu'il n'y a pas, sur cette première question, un critérium unique de l'avantage matrimonial, mais autant de critères que d'hypothèses où la nature juridique des avantages matrimoniaux est mise en jeu : savoir, un critérium pour l'hypothèse normale, un critérium pour l'hypothèse de secondes noces, un critérium pour l'hypothèse de divorce (107). Notre exposé critique doit donc se plier à ce nouveau compartimentage.

(107) V. par ex. Croizat, article précité, n° 19.

a) EXTENSION DE LA NOTION D'AVANTAGE MATRIMONIAL
DANS L'HYPOTHÈSE NORMALE.

Là serait, d'après les conceptions courantes, le cœur du problème. Depuis la promulgation du Code Napoléon, du reste, plusieurs systèmes, sur ce point, ont été émis, dont la succession marque, en général, une extension croissante de la notion d'avantage matrimonial. Nous allons rappeler ces divers systèmes avant de nous livrer à une étude critique particulière de celui qui fait, aujourd'hui, figure de vérité juridique incontestée.

I

1^o PREMIER SYSTÈME : *La notion d'avantage matrimonial se limite strictement aux combinaisons que le législateur a sanctionnées, en termes exprès, comme onéreuses.* — Le critérium cherché est donc ici purement formel : c'est l'estampille légale qui fait les avantages matrimoniaux. Aucun autre système n'est aussi rigoureusement logique avec l'idée de fiction : si l'onérosité des avantages matrimoniaux est une fiction, elle ne saurait être étendue en dehors des textes qui la consacrent (art. 1516 et 1525). C'est bien là un système de pure exégèse; et pourtant, il n'a point été soutenu par les grands Exégètes (ce qui prouve que la théorie de la fiction est assurément une théorie postclassique). Ce n'est qu'en 1898 que ce système restrictif a été émis par M. Degaigne ⁽¹⁰⁸⁾. Encore doit-on noter que l'auteur en a modéré l'outrance logique : malgré l'absence de textes, il admet que la communauté légale donne lieu à des avantages matrimoniaux, parce qu'elle est organisée par le législateur agissant dans la plénitude de sa souveraineté, et il accepte la même solution pour les

(108) Degaigne, *De la nature juridique des avantages entre époux*, thèse Paris, 1898, p. 46 et suiv.

clauses de partage inégal (à condition que la reprise des apports soit réservée aux héritiers du conjoint prédécédé), parce que l'article 1525 fournit en ce sens un argument *a fortiori*. Mais, même ainsi tempéré, le système continue à reposer sur une base trop étroitement textuelle pour susciter l'adhésion.

2° DEUXIÈME SYSTÈME : *La notion d'avantage matrimonial se limite aux combinaisons affectant des biens qui seraient normalement communs sous le régime légal.* — Ce système a été proposé par M. Thiébot ⁽¹⁰⁹⁾. Sa conséquence la plus saillante est de rejeter hors du domaine des avantages matrimoniaux l'ameublement et surtout la communauté universelle. Mais M. Thiebot n'observe pas son système à la rigueur : il décide que l'ameublement peut constituer un avantage matrimonial, quand il est destiné à rétablir l'équilibre entre les mises des conjoints; et, à l'inverse, que les clauses de partage inégal constituent des donations dans la mesure où elles englobent des apports, quoique ces apports soient normalement des biens communs. Il y a plus : l'auteur lui-même reconnaît que, pour l'ameublement comme pour la communauté universelle, les textes sont en faveur d'une onérosité absolue; il en est donc réduit à présenter son système comme purement hypothétique. Cela nous dispense d'y insister.

3° TROISIÈME SYSTÈME : *La notion d'avantage matrimonial s'étend à toutes les combinaisons portant sur les biens communs, sous réserve de deux exceptions : a) communauté universelle, en présence d'une intention libérale manifeste; b) assignation de parts inégales, si les représentants du conjoint désavantagé n'ont pas le droit de reprendre les apports et capitaux tombés de son chef dans la masse commune.* — C'est le système qui a été domi-

(109) Thiebot, *Distinction des conventions matrimoniales et des libéralités*, thèse Caen, 1911, p. 49 et suiv.; 69 et suiv.

nant, dans la jurisprudence de la Cour de cassation, au milieu du XIX^e siècle et jusqu'à 1890. Il comporte un critérium principal, appelé à une grande fortune, et qui réside dans l'opposition même des biens communs et des biens propres. Mais, à l'intérieur de ce critère principal, pour deux types particuliers de clauses, deux critères secondaires viennent jouer. C'est, d'abord, pour la communauté universelle, le critérium de l'intention libérale manifeste. Ce critérium psychologique semble ici déplacé, car il est susceptible d'enseigner si les parties *ont voulu* faire une convention de mariage ou une libéralité, non pas si elles *ont pu* faire une convention de mariage de la communauté universelle. Mais c'est que la jurisprudence objective, en quelque sorte, l'intention libérale : elle la matérialise dans la disproportion flagrante des apports. Tel est le sens de l'arrêt Blanchard-Sillian, du 3 avril 1843 (110), rendu en matière civile, que contresigna, en matière fiscale, l'arrêt Chaleyser, du 18 janvier 1888 (111). Ces tendances restrictives trouvent, vers la même période, leur pendant dans la jurisprudence relative aux différentes modalités de partage inégal. Pour ce genre de clauses, en effet, le critérium jurisprudentiel de l'avantage matrimonial ne résulte plus de l'opposition, des biens communs

(110) Cass. civ., 3 avril 1843, S., 43. 1. 289. — Si l'on admet que la communauté universelle déguise une donation entre époux, ne sied-il pas d'appliquer la sanction de l'article 1099, al. 2 ? On sait que, d'après une interprétation aujourd'hui contestée (Ferron, *Les donations déguisées ou par personnes interposées dans l'article 1099 du Code civil*, *Revue critique*, 1911, p. 41 et suiv.), mais solidement assise dans la doctrine et la jurisprudence du XIX^e siècle, la donation déguisée est frappée de nullité pour le tout, du moins quand elle a été faite en vue de frauder les règles de la quotité disponible. Ici, il faudrait donc annuler entièrement la convention de communauté universelle. La Cour de cassation, dans l'affaire Blanchard-Sillian, ne fait pas allusion à cette difficulté; la Cour d'appel de Cayenne l'avait supprimée, en constatant qu'il n'y avait pas eu fraude, en l'espèce, et que la quotité disponible n'était pas dépassée.

(111) Req., 18 janv. 1888, S., 90. 1. 179.

et des biens propres, mais de l'opposition, moins large, des acquêts et des apports. Toute attribution de parts inégales, dès lors qu'elle englobe des apports du conjoint désavantagé, constitue une donation, et une donation pour le tout, car son objet est indivisible. Il n'y a avantage matrimonial que si la reprise des apports est réservée, par le contrat de mariage, aux ayants cause de l'époux désavantagé. La Cour de cassation ne distingue pas, du reste, entre les diverses sortes de stipulations : par l'intermédiaire de la clause très pratique portant attribution de toute la communauté au survivant, moitié en pleine propriété, moitié en usufruit, elle étend à l'assignation de parts inégales *stricto sensu* et au forfait de communauté l'exigence qu'elle croit lire, dans l'article 1525, pour la dévolution de tous biens communs en pleine propriété (112). Le premier arrêt Grégoire, rendu par la Chambre civile, en matière fiscale, le 7 décembre 1886 (113), marque le paroxysme de cette jurisprudence, exacerbée par la résistance des juridictions du Nord.

4° QUATRIÈME SYSTÈME : *La notion d'avantage matrimonial s'étend à toutes les combinaisons portant sur les biens communs, sous réserve de deux exceptions : a) communauté universelle en présence d'une intention libérale manifeste; b) attribution de toute la communauté en pleine propriété, si les représentants du conjoint désavantagé n'ont pas le droit de reprendre les apports et capitaux tombés de son chef dans la masse commune.* — C'est le système de la doctrine classique, le système de l'Ecole de l'Exégèse, envisagée dans son ensemble et surtout dans son dernier état (114), bien que des Exégètes notables lui

(112) V. sur le développement de cette jurisprudence, Pol Robert, *op. cit.*, p. 114 et suiv.; Courtois, *op. cit.*, p. 141 et suiv.

(113) Cass. civ., 7 déc. 1886, S., 88. 1. 181; D., 88. 1. 174.

(114) Aubry et Rau, 4^e éd., V, § 530; Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, II, n° 1449; Hue, IX, n° 393.

aient préféré le système précédent ⁽¹¹⁵⁾. Du système précédent, d'ailleurs, le système actuellement examiné ne se sépare que par une nuance : en ce qu'il admet que les assignations de parts inégales, en dehors de l'attribution de toute la communauté en pleine propriété, peuvent porter sur les apports aussi bien que sur les acquêts sans dégénérer, pour autant, en donations. Quand, par l'arrêt solennel Grégoire, du 19 décembre 1890, les Chambres réunies de la Cour suprême, infligeant un démenti à la Chambre civile, eurent reconnu un caractère intégralement onéreux à la convention attribuant au conjoint survivant l'usufruit de la part de communauté du prédécédé sans distinction entre apports et acquêts ⁽¹¹⁶⁾, les Exégètes purent croire que la jurisprudence allait désormais se stabiliser dans leur système ⁽¹¹⁷⁾. Mais cet espoir devait être vite déçu. A mieux considérer l'arrêt Grégoire, on se serait peut-être fait moins d'illusions. C'est que, sous des termes assez peu explicites, la solution de l'arrêt solennel dépasse considérablement en portée le cercle des assignations de parts inégales (*stricto sensu*), parce qu'elle est, en réalité, liée à la nature juridique de la communauté entre époux. Ce n'est, en effet, qu'avec la théorie de la communauté-indivision que l'on peut comprendre le système de la jurisprudence antérieure, la dissociation à laquelle elle se livrait, au sein de l'actif commun, entre les apports et les acquêts. Regarde-t-on, au contraire, la communauté comme une société personnifiée, il faut s'approprier la remarque de Troplong : « L'apport est entré dans la société, il en fait partie. Si l'on peut attribuer la communauté au survivant,

(115) Ainsi Laurent, XXIII, nos 382 et suiv.; Guillouard, III, n° 1626.

(116) Chambres réunies, 19 déc. 1890, S., 91. 1. 429, note de M. Wahl; D., 91. 1. 417.

(117) V. par ex. Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, 1^{re} éd., II, n° 1449.

on peut donc la lui attribuer avec un de ses éléments naturels, c'est-à-dire avec les mises. » (148). Dès lors, le lien établi par l'article 1525 entre la notion d'avantage matrimonial et la faculté de reprendre les apports n'a aucune signification contraignante : il a simplement la valeur d'une interprétation de volonté. Cela est tellement vrai que, dans l'affaire Grégoire, le fisc invoquait, à l'appui de ses prétentions, la jurisprudence déniait la personnalité morale de la communauté : « La fiction d'onérosité, disait-il en substance, se justifie pour les acquêts, parce que, l'effet déclaratif du partage remontant (en vertu de l'idée d'indivision) au jour de leur entrée en communauté, l'époux prédécédé est censé n'avoir jamais eu aucun droit sur ces biens; mais, pour les apports, le même raisonnement conduit à un résultat différent, l'effet rétroactif du partage impliquant que le conjoint attributaire les a reçus directement de son conjoint, au moment du mariage, par une mutation évidemment gratuite. » (149). L'arrêt des Chambres réunies, en condamnant les prétentions du fisc, condamne donc — pour qui va au fond des choses — la théorie de l'indivision. Il apparaît comme une de ces multiples solutions de détail par lesquelles, d'une manière plus ou moins consciente, la Cour suprême ruine peu à peu la négation de principe qu'elle a opposée à la personnalité morale de la communauté. On pouvait

(148) Troplong, III, n° 2484.

(149) Comp. Wahl, note au S., 1891, I, 429, col. 3. — M. Wahl s'efforce de contester la relation logique, établie par la Régie, entre l'idée d'indivision et l'idée de mutation gratuite des apports : il remarque, à cette fin, que la question se pose pour les apports, au cas d'assignation de parts inégales, exactement de la même manière que pour les meubles dans l'hypothèse de communauté légale pure et simple, que pour les immeubles dans les hypothèses d'ameublement et de communauté universelle, « où les biens d'un époux se transmettent, par le canal de la communauté, à l'autre époux, sans qu'il se produise juridiquement une donation ». Mais c'est que, précisément, dans ces hypothèses, aussi bien que pour l'assignation de parts inégales englobant des apports, l'onérosité de l'avantage matrimonial est inconciliable avec l'idée d'indivision.

présager que, fondé sur la nature juridique de la communauté conjugale en tant que société personnifiée et repoussant, du même coup, toute idée de fiction, un tel arrêt contenait le germe de décisions plus hardies encore.

5° CINQUIÈME SYSTÈME : *La notion d'avantage matrimonial s'étend à toutes les combinaisons qui, portant sur des biens communs, ont un caractère réciproque et non pas unilatéral.* — D'après ce système, qui n'a jamais été soutenu en formes, c'est la réciprocité qui constitue le critérium de l'avantage matrimonial : les clauses conçues en faveur d'un seul des époux ont, nécessairement, une nature de libéralité. Colmet de Santerre fait une application partielle de cette idée aux conventions portant attribution de toute la communauté, apports compris : rédigée en faveur du conjoint survivant, quel qu'il soit, la convention est, d'après lui, un avantage matrimonial; rédigée en faveur de tel conjoint s'il survit, elle est une donation ⁽¹²⁰⁾. Colmet de Santerre lie, en l'espèce, le caractère bilatéral et le caractère aléatoire. C'est, pour nous, un motif suffisant de rejeter un tel système; mais il en est une autre raison, non moins pertinente : à savoir qu'une stipulation unilatérale et souvent un moyen de rétablir l'équilibre entre les époux ⁽¹²¹⁾.

6° SIXIÈME SYSTÈME : *La notion d'avantage matrimonial s'étend : a) sans restriction, à toutes les combinaisons portant sur les acquêts; b) en l'absence d'intention libérale manifeste, aux combinaisons englobant des acquêts et des apports.* — C'est le système de M. Ferron ⁽¹²²⁾, système approuvé par MM. Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, Bartin, Degand ⁽¹²³⁾, etc. Pratiquement, pour

(120) Colmet de Santerre sur Demante, VI, n° 193 bis-II.

(121) Comp. Pol Robert, *op. cit.*, p. 101.

(122) Ferron, note au S., 1900. I. 233.

(123) Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, II, n° 1448; Bartin sur Aubry et Rau, VIII, § 530, note 17; Degand, *op. cit.*, n° 133.

s'en tenir aux conventions qui ont si longtemps constitué le point névralgique du problème, les conventions de partage inégal affectant les apports, on décide, dans ce système, qu'elles ne sont nécessairement ni des avantages matrimoniaux ni des libéralités, et qu'elles peuvent, suivant les cas, présenter l'un ou l'autre caractère ⁽¹²⁴⁾ : aux juges d'apprécier selon les faits de la cause, surtout selon l'ensemble des stipulations du contrat. Il est impossible de poser un critérium *a priori*. On doit avoir égard à la réciprocité, au caractère plus ou moins aléatoire de la clause. D'autre part, on présumera l'avantage matrimonial quand l'attribution de tous les biens communs, apports compris, s'appliquera à la communauté légale ou à une communauté conventionnelle moins étendue; au contraire, la superposition de cette attribution à un ameublement ou à une communauté universelle fera présumer la donation ⁽¹²⁵⁾. Il s'agit donc là d'un système essentiellement empirique, dont la seule idée directrice est de freiner une évolution jurisprudentielle considérée comme dangereuse.

7° SEPTIÈME SYSTÈME : *La notion d'avantage matrimonial s'étend à toutes les combinaisons portant sur les biens communs, en l'absence d'intention libérale manifeste.* — C'est le système de M. Pol Robert — système extensif en ce qu'il supprime toute séparation entre ap-

(124) On achève de décrire le système de M. Ferron en observant que, dans ce système, les conventions de mariage dissimulant des libéralités ne sont pas nulles pour le tout, mais seulement réductibles à la quotité disponible : M. Ferron propose, en effet (étude précitée sur les donations déguisées ou par personnes interposées) une interprétation nouvelle de l'article 1099, al. 2, fondée sur l'équivalence historique des termes nulité et réductibilité.

(125) C'est ce qu'a décidé la Cour de Colmar par l'arrêt Palée du 28 mars 1928 (S., 29. 2. 17). La Cour de cassation, à l'inverse, s'était prononcée, en 1834, pour l'onérosité d'une telle combinaison dans un arrêt Wetzels (Civ., 24 nov. 1834, Répertoire Dalloz, v° Enregistrement, n° 3392), antérieur, il est vrai, aux arrêts Blanchard-Sillian et Chaleyser.

ports et acquêts ⁽¹²⁶⁾, système restrictif en ce qu'il subordonne la possibilité de tout avantage matrimonial ⁽¹²⁷⁾ à l'absence d'*animus donandi* évident ⁽¹²⁸⁾. Comme dans les systèmes précédents, l'intervention, ici généralisée, du critérium psychologique nous paraît être le résultat d'une confusion de points de vue.

8° HUITIÈME SYSTÈME : *La notion d'avantage matrimonial s'étend à toutes les combinaisons portant sur les biens communs.* — Par la répudiation des investigations psychologiques et de la distinction entre apports et acquêts, ce système marque un progrès considérable par rapport à tous les systèmes antérieurs. Le critérium de l'avantage matrimonial est désormais purement objectif : il est donné par l'opposition même des biens communs et des biens propres. Les avantages matrimoniaux peuvent affecter, d'une manière quelconque, la masse commune sans jamais dégénérer en libéralités; seul le domaine des patrimoines propres leur est interdit. C'est là le système de la doctrine la plus récente ⁽¹²⁹⁾, encore que certains auteurs puissent continuer à manifester isolément des tendances restrictives ⁽¹³⁰⁾. C'est aussi le système de la jurisprudence contemporaine. La Cour de cassation s'est débarrassée, en deux étapes, des restrictions sous lesquelles elle comprimait son critérium principal. Elle a, d'abord, par l'arrêt Pety, du 2 août 1899, couronnement logique de l'arrêt solennel Grégoire, décidé qu'il y avait avan-

(126) Robert, *op. cit.*, p. 183.

(127) Sauf l'avantage résultant de la communauté légale.

(128) Robert, *op. cit.*, p. 199.

(129) Capitant, *De la clause donnant au survivant des époux la faculté de prélever le fonds de commerce exploité par eux* (Revue critique 1927, p. 21 et suiv.), n° 32; Croizat, *loc. cit.*, n° 37.

(130) C'est ainsi que MM. Colin et Capitant (*Cours élémentaire*, III, p. 224-225) critiquent le système de l'arrêt Pety; que MM. Planiol, Ripert et Nast (II, n° 971) et Josserand (*Cours de Droit civil positif*, III, n° 693, *in fine*) réservent le cas de donation déguisée, les premiers pour la communauté universelle, le second pour toutes les clauses sans distinction.

tage matrimonial, et non donation, dans la clause attribuant au conjoint survivant la totalité de la communauté en pleine propriété, apports compris ⁽¹³¹⁾. Puis, par l'arrêt Bolo-Muller, du 3 février 1908 (non pas, il est vrai, à l'occasion d'une communauté universelle, mais à l'occasion d'une communauté légale adoptée par contrat), elle a déclaré que, quelle que fût la différence entre les apports des époux, il n'y avait pas à rechercher si les avantages résultant de la stipulation d'un tel régime procédaient ou non d'une intention libérale de la part du conjoint désavantagé ⁽¹³²⁾. La jurisprudence paraît s'affirmer de plus en plus dans son système. C'est que la question, à l'ordre du jour, en la matière, est la question de la clause commerciale. Or, cette clause présente deux types tellement tranchés que le critère jurisprudentiel semble fait exprès pour elle : ou le fonds de commerce est un bien commun, et la faculté de le prélever, avec ou sans indemnité, constitue un avantage matrimonial ⁽¹³³⁾; ou c'est un bien propre, et la faculté de prélèvement ne peut plus constituer un avantage matrimonial ⁽¹³⁴⁾, mais, suivant les cas, soit une promesse de vente sous condition de survie, soit une institution contractuelle ⁽¹³⁵⁾. A l'heure actuelle, c'est, d'une façon générale, un véritable dogme que les avantages matrimoniaux ne sauraient affecter les biens propres des époux ⁽¹³⁶⁾.

(131) Cass. civ., 2 août 1899, S., 1900. 1. 233, note de M. Ferron; D., 1901. 1. 433, note A. Colin.

(132) Req., 3 févr. 1908, S., 19. 1. 517; D., 1908. 1. 93.

(133) Cass. civ., 16 déc. 1923, S., 26. 1. 469, note de M. Vialleton; D., 27. 1. 5, note de M. Capitant.

(134) Rouen, 15 déc. 1922 et Trib. civ. Seine, 4 juill. 1924, S., 28. 2. 33, note de M. Génv.

(135) Il y a du reste, de nombreuses divergences sur l'interprétation et la validité de la clause affectant un fonds propre : Comp. Capitant, article précité, nos 31 et suiv., et Dupuis : thèse précitée, p. 70 et suiv.

(136) V. par ex. Req., 11 mars 1931, D., 31. 1. 132, et la note.

II

En serrant de près ce dogme, on s'aperçoit qu'il n'est pas au-dessus de toute critique. Quoiqu'il représente le maximum d'extension qui ait été donné jusqu'ici à la notion d'avantage matrimonial, il reste encore bien en deçà de la vérité. Quelques observations suffisent à dévoiler son étroitesse et, partant, son impuissance :

1° Comment appliquer le critérium dans le cas de renonciation à communauté si un avantage, tel que préciput ou clause commerciale, a été stipulé en faveur de l'épouse, même renonçante? Par l'effet de la renonciation, « le patrimoine de la communauté... devient réellement et d'une façon rétroactive, aussi bien entre les conjoints qu'à l'égard des tiers, une partie intégrante du patrimoine propre du mari » (137). Dans le système courant, il serait donc logique de conclure qu'il ne peut pas y avoir d'avantages matrimoniaux au profit de la femme renonçante, mais seulement des libéralités. C'est bien ce qu'a décidé la Cour de cassation, en matière fiscale, dans l'arrêt de la Fontenelle du 12 juin 1872 (138). Mais la quasi-unanimité de la doctrine (139) et les décisions récentes (140) se prononcent en sens contraire : selon eux, le préciput, le prélèvement de fonds de commerce, demeurent; quel que soit le parti de l'épouse, de pures conventions de ma-

(137) Baudry-Lacantinerie, *Le Courtois et Surville*, II, n° 1242; comp. Req., 9 nov. 1926, S., 27. 1. 47.

(138) Cass. civ., 12 juin 1872, S., 72. 1. 308, pour le préciput. — Comp. dans le même sens, pour la clause de prélèvement de fonds de commerce. Trib. civ. Coulommiers, 8 mai 1903, S., 1906. 2. 23.

(139) Aubry et Rau, VIII, § 529, note 5; Baudry-Lacantinerie, *Le Courtois et Surville*, II, n° 1421; Colin et Capitant, III, p. 221; Planiol, Ripert et Nast, II, n° 967; Capitant, article précité, n° 9; Croizat, *loc. cit.*, n° 38. En sens contraire, Troplong, III, n° 2124; Degand, *op. cit.*, n° 175; et pour la clause commerciale, Vialleton, note au S., 1926. 1. 169.

(140) Pour le préciput, Paris, 12 avril 1900, S., 1904. 2. 39; Trib. civ. Seine, 16 avril 1902, D. 1902. 2. 239; Trib. civ. Rhône, 17 déc. 1926 (*Semaine juridique*, 1927, 642), et, pour la clause commerciale, Seine, 14 mai 1906, S., 1909. 2. 262; Paris, 11 déc. 1924, D., 25. 2. 39.

riage. « Ces stipulations, explique M. Croizat, sont relatives à l'attribution d'une parcelle des biens communs, elles ont pour effet de constituer dans la masse commune un îlot de biens ou de valeurs, qui est prélevé par la femme avant tout partage si elle accepte la communauté. Si elle renonce, cette fraction de la masse commune n'entre pas dans la succession du mari, elle apparaît comme une survivance de la communauté que la femme recueille en qualité de copropriétaire. » (141). Ces raisons nous semblent justes. Il n'empêche que l'on sort, avec elles, du cadre technique de la distinction entre biens propres et biens communs.

2° Le système aujourd'hui en vogue — comme, d'ailleurs, tous les systèmes qui ont été successivement proposés — trahit l'influence omniprésente de la classification napoléonienne : si l'on a constamment cherché à caractériser l'avantage matrimonial d'après les biens sur lesquels il porte, c'est que, hypnotisé par le plan du Code civil, on n'a pas cessé de voir des modes d'acquérir dans les diverses sortes de régimes et, en particulier, dans le régime de communauté. Le point de vue des transferts de droits réels a masqué, en l'espèce, le point de vue des obligations. Or, un avantage matrimonial est susceptible de se réaliser par la naissance d'une dette, autant que par un déplacement de propriété ou d'usufruit. Voici, par exemple, un forfait de communauté, où la somme à payer est supérieure à la valeur de la masse commune. Il y a incontestablement avantage matrimonial (142). Mais en quoi réside l'avantage? Dans l'obligation qui grève le conjoint attributaire des biens communs, obligation qui s'exécutera, en fin de compte, sur ses propres. Sous le couvert d'un droit de créance, l'avantage matrimo-

(141) Croizat, *loc. cit.*, n° 38.

(142) Comp. Thiebot, thèse précitée, p. 149.

nial affecte donc, en réalité, les propres de l'époux désavantagé. Voici encore une communauté légale, où viennent se confondre deux passifs inégaux. L'avantage ne consiste pas, ici, dans un transfert de droits réels, mais dans un transport de dettes, de dettes qui, tout au moins du côté du mari, sont susceptibles de tomber à la charge définitive des biens propres. Voici, en dernier lieu, cas plus complexe, une stipulation unilatérale de séparation de dettes. L'un des époux apporte en communauté un passif que, par hypothèse, les acquêts serviront à éteindre exactement, tandis que l'autre époux acquittera, avec des valeurs propres, son passif stipulé propre. Il est certain qu'il y a avantage matrimonial au profit du premier. Mais sur quoi cet avantage porte-t-il ? Est-ce sur la part d'acquêts qui, en l'absence de séparation de dettes, aurait été appliquée au passif de l'autre conjoint ? Est-ce, au contraire, sur la part de propres qui, en l'absence d'une telle stipulation, aurait été dégrevée de ce passif ? La question est insoluble. En vérité, la possibilité d'engendrer des avantages matrimoniaux par le mécanisme des obligations réduit à néant tout critérium fondé sur la distinction des biens communs et des biens propres.

3° Les systèmes courants, faits sur mesure pour le régime de communauté, ne s'adaptent nullement aux autres régimes : pour mieux dire, ils impliquent le préjugé que les régimes non communautaires, où il n'y a que des biens propres, ne peuvent donner lieu à des avantages matrimoniaux, mais seulement à des libéralités entre époux. Le préjugé est-il vérifié ? Dans le régime de séparation de biens, dans le régime dotal (et, partant, dans le régime exclusif de communauté, qui en est le décalque), nous avons cru trouver de nombreux exemples d'avantages matrimoniaux, tant en propriété qu'en revenus. Sans doute, la doctrine courante répugne-t-elle à admettre la possibilité d'enrichissements en propriété sous les régimes non

communautaires. Mais pour les enrichissements en revenus tout le monde est d'accord : le mari, ayant la jouissance des biens dotaux et, quand la femme la lui abandonne (art. 1578), celle des paraphernaux, s'approprie, et peut même capitaliser à son profit, tout l'excédent de ces revenus sur les dépenses du ménage, sans être tenu d'en rendre compte. Il y a enrichissement évident procuré par l'épouse à son conjoint : y a-t-il libéralité, sujette à la réserve ? Seul, M. Martin ose l'affirmer. D'après lui, l'opinion contraire n'est soutenable que si l'on peut expliquer l'appropriation de la jouissance superflue par le mari comme le résultat d'une présomption absolue d'affectation ménagère : présomption que le mari affecte tous les revenus de la femme aux besoins communs du ménage. C'est sur le lien ainsi établi entre l'article 1578 et l'idée d'affectation ménagère qu'un arrêt de la Chambre des requêtes, l'arrêt Corbin-Desmannetaux, du 19 décembre 1842, s'est expressément fondé pour dénier aux enfants d'un premier lit, dans une telle hypothèse, l'action en retranchement ⁽¹⁴³⁾. Rien de plus juridique, remarque M. Martin : la femme ne fait alors qu'exécuter — plus largement qu'elle ne le devait — une obligation, l'obligation de contribuer aux charges du mariage : il n'y a point là libéralité. Mais, avec la jurisprudence extensive qui s'est développée sur l'article 1578, et qui va jusqu'à dispenser le mari de restituer les fruits capitalisés entre ses mains ⁽¹⁴⁴⁾, l'explication précédente n'est plus de mise : on ne peut plus parler de présomption d'affectation ménagère, et l'on retombe nécessairement dans l'idée de libéralité. Il y a libéralité indirecte, réductible, non seulement dans le cas de secondes noces, mais même à l'égard des enfants issus du mariage, car, déclare M. Martin, « la limitation, aux en-

(143) Req., 19 déc. 1842, S., 43. 1. 163.

(144) V. plus haut, p. 88-89.

fants du premier lit, de la transformation des conventions matrimoniales en libéralités par les articles 1525 et 1527, reste étrangère à l'hypothèse où les conjoints ont adopté le régime dotal » ⁽¹⁴⁵⁾. Ce raisonnement restrictif doit être considéré comme particulier à son auteur. La doctrine, dans son ensemble, est tellement convaincue que les enrichissements résultant, pour le mari, de la jouissance dotal ou paraphernale ne sont pas soumis à l'action en réduction de la part des enfants communs, elle en est tellement convaincue qu'elle n'en discute guère. Il y a eu, au contraire, quelques discussions pour savoir si les enfants d'un premier lit ne pourraient pas atteindre, par l'action en retranchement, une constitution dotal universelle consentie par leur mère, ou un abandon de revenus paraphernaux. L'opinion qui paraît dominante, sanctionnée (sur le second point) par l'arrêt précité Corbin-Desmannetaux, répond négativement, en étendant aux régimes non communautaires la disposition finale de l'article 1527, al. 3 ⁽¹⁴⁶⁾. C'est là, pour nous, un argument *a fortiori*. Et l'on s'imaginerait à tort concilier la solution ainsi admise avec l'idée de donation, en disant qu'il s'agit là d'une mesure de faveur, motivée par la considération spéciale que la libéralité porte sur des revenus : les libéralités en revenus ne sont peut-être pas rapportables, elles sont certainement réductibles. La vérité, c'est que, pour la doctrine comme pour la jurisprudence, il est de Droit positif que les enrichissements en revenus dérivant du régime de séparation de biens, du régime dotal et du régime sans communauté, ressortissent à la notion techni-

(145) Bartin sur Aubry et Rau, XI, § 690, note 48 *ter*.

(146) Aubry et Rau, VIII, § 541, note 47; Charmont, note sous l'arrêt Munet, S., 1910. I. 369; Pol Robert, thèse précitée, p. 64. — Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville (III, n° 1573, *in fine*) réservent, toutefois, à l'exemple de Delvincourt (III p. 100 des notes, note 3 de la p. 54), le cas où la constitution dotal universelle porterait sur une fortune considérable — injustifiable empirisme.

que d'avantage matrimonial. Or, les revenus dotaux, comme les revenus paraphernaux, sont fruits de biens propres et *biens propres eux-mêmes*. C'est donc qu'un avantage matrimonial peut porter sur des propres : le critérium à la mode est mis, une fois de plus, en échec.

Ces constatations successives nous autorisent maintenant à formuler une interrogation générale : le système courant ne prend-il pas l'effet pour la cause ? Il fait dépendre la nature des enrichissements entre époux — avantages matrimoniaux ou libéralités — de la qualité des biens — communs ou propres — sur lesquels ils portent. Ne faut-il pas invertir la proposition ? n'est-ce pas, en réalité, la qualité de ces biens qui dépend de la nature des avantages qui les affectent ? C'est que la qualité de bien propre ou de bien commun n'est pas une qualité inhérente à l'essence des choses. L'ancien Droit parlait ici de qualité extrinsèque. Sans vouloir rééditer une terminologie aussi scolastique, on ne peut s'empêcher de remarquer qu'elle traduisait une idée juste : à savoir que la qualité de bien commun ou de bien propre est une qualité artificielle, imposée du dehors. Mais imposée par quoi ? Par la structure et par le fonctionnement du régime matrimonial, dont les avantages matrimoniaux constituent précisément une pièce fondamentale. Définir l'avantage matrimonial par la qualité de biens communs des objets qu'il affecte, c'est donc définir la lumière par la coloration des corps, le principe par la conséquence. Posons la question franchement : *est-ce qu'un avantage matrimonial caractérisé, par le seul fait qu'il entre en contact avec les biens des époux, n'a pas pour résultat de transformer ces biens en biens sociaux, biens de la société conjugale, et, pour s'en tenir au régime de communauté, en biens communs ?* Dans une décision du 7 juillet 1922, le Tribunal civil de Lyon a admis l'affirmative : il a déclaré qu'une clause commerciale pouvait valablement porter, en tant qu'avantage ma-

trimonial, sur un fonds de commerce propre, parce que, en réalité, par le simple effet de l'insertion de la faculté de prélèvement, le fonds de commerce était devenu commun⁽¹⁴⁷⁾. Ce jugement a été accueilli avec stupeur dans la doctrine⁽¹⁴⁸⁾. Et, pourtant, il ne faisait que continuer des traditions très profondes. Il suffit de se rappeler un peu l'Histoire pour comprendre que tous les biens communs sont d'anciens propres, qui n'ont acquis la qualité de biens communs qu'à partir du moment où des conventions de mariage sont venues porter sur eux. La pratique notariale a longtemps gardé trace de ce mode de génération des biens communs. C'est ainsi que, dans une espèce soumise à la Cour de cassation en 1854, deux époux normands s'étaient mariés sous le régime dotal sans stipuler aucune communauté d'acquêts; mais le contrat attribuait à la femme, pour le cas de survie, la moitié des biens meubles ou effets mobiliers qui appartiendraient au futur au jour de son décès, et la moitié des immeubles qu'il acquerrait durant le mariage et qui seraient encore entre ses mains au jour de son décès. La Cour suprême jugea qu'il y avait donation⁽¹⁴⁹⁾. MM. Pol Robert et Croizat s'emparent triomphalement de cet arrêt pour en déduire qu'il ne peut pas y avoir d'avantages matrimoniaux sous les régimes non communautaires, parce que de tels avantages ne peuvent pas affecter les biens propres⁽¹⁵⁰⁾. C'est une illusion d'auteurs modernes. Sous le couvert d'une mutation de propres, les conventions litigieuses constituaient, en vérité, une stipulation de la communauté de meubles et d'acquêts avec attribution de la totalité, ap-

(147) Le jugement se trouve analysé dans l'article précité de M. Capitant (*Rev. crit.*, 1927), n° 31.

(148) V. ainsi Capitant, *loc. cit.*

(149) Cass. civ., 28 mars 1854, D., 54. 1. 184. — Comp. Trib. civ. Evreux, 23 juin 1855, D., 55. 3. 69.

(150) Robert, thèse précitée, p. 109; Croizat, article précité, n° 2.

ports compris, à la femme survivante, et, si la Cour de cassation y a vu une libéralité, c'est qu'elle regardait, à cette époque, la reprise des apports comme une condition *sine qua non* de l'onérosité de la clause. On ne doit pas croire, d'ailleurs, qu'il s'agit uniquement d'une question d'interprétation des actes juridiques, d'une pure recherche de l'intention des parties. Le problème est beaucoup plus profond que tout cela : la meilleure preuve en est qu'il se pose pour des avantages légaux autant que pour des avantages conventionnels. A l'occasion du conflit des qualifications⁽¹⁵¹⁾, nous avons rencontré plusieurs exemples où la jurisprudence a traité comme avantages matrimoniaux d'exotiques gains de survie légaux portant sur les propres du mari; elle ne s'est point laissé impressionner par cette qualité de propres : c'est qu'il lui est apparu que les avantages matrimoniaux trouvaient en dehors de leur objet leur nature caractéristique de conventions entre associés, et que, par là même qu'ils s'appliquaient à des biens propres, ils avaient pour effet de les faire entrer dans un rudiment de communauté, de les grever d'une affectation sociale plus ou moins parfaite. Le jugement précité du Tribunal de Lyon n'est donc ni aussi audacieux ni aussi fantaisiste que M. Capitant se le figure. Avec une pénétration certaine, il s'efforce seulement d'adapter à la clause commerciale une analyse qui a été tant de fois dégagée par la jurisprudence pour les autres gains de survie. Si les auteurs s'en étonnent, c'est qu'ils sont enchaînés à un critérium inexact, faute de s'être attaqués par le bon côté à la notion d'avantage matrimonial. Les avantages matrimoniaux doivent être caractérisés en eux-mêmes, indépendamment des biens qu'ils peuvent affecter; le problème de l'extension maxima de la notion d'avantage matrimonial est un leurre; le problème central, celui au-

(151) V. plus haut, p. 230-231.

quel on est constamment ramené, c'est le problème de la compréhension interne de cette notion : tel est l'enseignement que nous paraît comporter, comme conclusion, la critique du système courant en la matière.

b) EXTENSION DE LA NOTION D'AVANTAGE MATRIMONIAL
DANS L'HYPOTHÈSE DE SECONDES NOCES.

Les difficultés sont ici beaucoup moindres. Tout le monde s'accorde à reconnaître que les enfants d'un premier lit ne peuvent exercer l'action en retranchement contre chaque avantage matrimonial isolément envisagé. Pour déterminer si la quotité de l'article 1098 est dépassée, il faut prendre en considération l'ensemble des conventions matrimoniales et apprécier uniquement le *profit net* qui en résulte⁽¹⁵²⁾. Voilà le principe. Une balance est nécessaire (qui ne peut avoir lieu qu'à la liquidation de la communauté) entre les diverses clauses, considérées dans leurs conséquences effectives, compte tenu des dettes dont étaient grevés les apports, du parti pris par la femme, etc.⁽¹⁵³⁾. Ainsi que le déclare un arrêt de la Chambre des requêtes, l'arrêt Yvernault, du 6 juillet 1926, ce calcul des forces actives et passives de la communauté est du ressort exclusif des juges du fond⁽¹⁵⁴⁾. Toutes ces solutions sont incontestées. Mais suffisent-elles à étayer le système par lequel M. Croizat affirme que le critérium de l'avantage matrimonial n'est pas le même, dans l'hypothèse de secondes nocces, que dans l'hypothèse de mariage unique⁽¹⁵⁵⁾. Nous ne le croyons pas. M. Croizat définit l'avantage matrimonial, à l'égard des enfants d'un premier lit : « tout profit résultant pour le second conjoint de la liquidation de l'ensemble des conventions matrimoniales ». Mais,

(152) Croizat, article précité, n° 42.

(153) Comp. Aubry et Rau, XI, § 690; Planiol, Ripert et Nast, II, n° 979.

(154) Req., 6 juill. 1926, S., 27. 1. 14.

(155) Croizat, *loc. cit.*, n° 46.

pour liquider l'ensemble des conventions matrimoniales, il est indispensable de savoir, dans chaque cas, s'il y a ou non convention matrimoniale, c'est-à-dire s'il y a avantage matrimonial ou libéralité; et, à cette fin, on ne peut que se servir du critérium général qui a été (ou qui aurait dû être) dégagé à l'occasion de l'hypothèse normale. Il est donc abusif de prétendre que l'action en retranchement est dirigée contre une sorte d'avantage matrimonial unique, s'identifiant avec le solde de profit, que fait apparaître la compensation de toutes les clauses de la communauté. Il y a ici, en vérité, autant d'avantages matrimoniaux que dans l'hypothèse normale; mais, tandis que, dans cette hypothèse, on peut les envisager isolément, parce qu'on les envisage alors d'une manière purement théorique, ici, où il s'agit de les soumettre à une réglementation restrictive, on doit les considérer dans leur ensemble, dans leur balance, sous peine de rendre boiteuse la situation du second conjoint dans la communauté. Le critérium reste bien le même; seule l'utilisation en est différente.

Il nous paraît, au contraire, que cette méthode d'appréciation globale est susceptible de mettre en fâcheuse posture les systèmes courants qui voient dans les avantages matrimoniaux, au cas de secondes noces, de véritables donations. C'est que, d'après l'opinion la plus accréditée, la considération prépondérante en matière de donation est celle de l'intention libérale. Or, l'idée d'intention libérale est en antinomie avec l'idée de profit net : la première implique, pour chaque clause du contrat de mariage, une recherche particulière de la volonté des parties; la seconde suppose, à l'inverse, une estimation de l'enrichissement réellement procuré par le jeu combiné de toutes les conventions matrimoniales, que les parties l'aient ou non voulu. Les auteurs sont, du reste, unanimes à déclarer que, par la rédaction même donnée aux articles 1496 et 1527,

le Code civil a supprimé, pour l'hypothèse de secondes noces, toute considération de l'intention libérale, et qu'il s'est attaché à un critérium purement objectif⁽¹⁵⁶⁾. Mais on est alors en droit de poser la question : est-ce que, en condamnant l'idée d'intention libérale, le Code n'a pas condamné l'idée que les avantages matrimoniaux constituent des libéralités en présence d'enfants d'un premier lit? Les auteurs ne semblent point apercevoir de contradiction dans leur système. Est-ce donc que, d'après eux, il y a des libéralités sans intention libérale? Nul ne le dit, en tout cas. Concluons : du moment où le système courant subordonne l'action en retranchement à l'existence d'un profit net résultant de la liquidation des conventions matrimoniales, il enlève toute sa force à l'idée de donation. Car la donation est un contrat aux contours parfaitement définis : on la concevrait, à la rigueur, sous la forme d'un avantage matrimonial isolé, d'un préciput ou d'une attribution de toute la communauté au survivant; mais comment en reconnaître même l'ombre dans un enrichissement qui se réalise par une espèce de travail lent et sourd, pendant des années et des années, à l'insu des parties, au gré d'éventualités imprévisibles et contrariées, sans que l'on puisse assurer d'avance qui sera donateur et qui sera donataire, voire s'il y aura donation? Nous allons confirmer cette critique en examinant divers points sur lesquels l'extension de la notion d'avantage matrimonial a été discutée, pour l'hypothèse de secondes noces, précisément à raison de cette idée obsédante de libéralité.

1° Il est positif que l'avantage découlant de la confusion du mobilier et des dettes, à défaut de contrat de mariage, tombe sous le coup de l'action en retranchement (art. 1496). Qu'il y ait donation sans contrat, cela souffre peut-

(156) V. par ex. aux deux extrémités de la doctrine, Duranton, XV. n° 239, *in fine*, et Croizat, article précité, n° 41.

être quelque difficulté : la doctrine classique prétend s'en tirer par l'habituel recours à la fiction du contrat tacite ⁽¹⁵⁷⁾. Mais l'article 1496 vise-t-il la confusion du mobilier et des dettes qui entrent dans la communauté pendant sa durée ? est-il applicable, en particulier, à l'inégalité des successions mobilières respectivement recueillies par les époux au cours du mariage ? Toullier, à la suite de Pothier ⁽¹⁵⁸⁾, enseignait la négative, en donnant cette raison très forte qu'il ne pouvait pas y avoir, en pareil cas, intention libérale, ces successions n'étant encore que des espérances incertaines au jour du mariage ⁽¹⁵⁹⁾. Cependant, la plupart des auteurs ⁽¹⁶⁰⁾ et la jurisprudence ⁽¹⁶¹⁾ n'hésitent pas à appliquer ici l'article 1496. C'est donc qu'il y a des donations sans intention libérale, ou que les avantages matrimoniaux, dans l'hypothèse de secondes noces, ne sont pas des donations. Enregistrons la contradiction, une fois de plus.

2° On peut se demander si la clause commerciale, accordant au second conjoint la faculté de prélever le fonds de commerce commun, en cas de survie, moyennant une indemnité représentative de sa valeur totale, constitue un avantage matrimonial sujet à l'action en retranchement. M. Capitant pense que cette action n'est pas admissible, en l'espèce, parce qu'il n'y a pas enrichissement au profit du second conjoint, tenu de payer intégralement le fonds prélevé ⁽¹⁶²⁾. Pareille opinion se ressent visiblement de ce pré-

(157) V. par ex. Baudry-Lacantinerie, II, n° 1452; de Loynes, note D., 1915. 2. 9.

(158) Pothier, *Traité du contrat de mariage*, n° 553.

(159) Toullier, XIII, n° 290. Comp. Bértauld, *Questions pratiques et doctrinales*, II, nos 430 et suiv.

(160) Marcadé, V. sur l'article 1496, n° 2; Aubry et Rau, XI, § 690, note 14; Troplong, III, n° 2214; Baudry-Lacantinerie, *Le Courtois et Surville*, II, n° 1452; Planiol, *Traité élémentaire* III, n° 1405.

(161) Paris, 30 nov. 1910, D., 15. 2. 9, note de Loynes; Cass. civ., 12 janv. 1915 (arrêt Hanchecorne, précité, D. 19. 1. 85).

(162) Capitant, note au D., 1927.1.5, et article précité (*Revue critique*, 1927), n° 28.

jugé que les avantages matrimoniaux sont, au cas de secondes nocés, de véritables donations et que, en tant que tels, ils ne peuvent consister (selon la définition de la donation) que dans des dations gratuites et, en particulier, dans des transferts gratuits de droits réels. Mais si la notion d'avantage matrimonial est, même dans l'hypothèse de secondes nocés, indépendante de la notion de libéralité, rien n'empêche qu'elle puisse s'étendre à des avantages économiques non matérialisés dans des dations. C'est ainsi que le droit d'option conféré à l'époux survivant sur le fonds de commerce commun nous paraît avoir en soi, et en dehors de son objet, une valeur économique parfaitement déterminable ⁽¹⁶³⁾, donc, *a priori*, parfaitement retranchable. Tout ce que l'on peut concéder, c'est que, sauf circonstances exceptionnelles, cette valeur est très faible relativement à la valeur même du fonds, de sorte que, si le disponible n'est pas déjà épuisé par d'autres avantages, le conjoint survivant aura les plus grandes chances de garder le bénéfice de son option. Ces solutions semblent pratiquement bien meilleures que celles auxquelles aboutit M. Capitant : il admet, en effet, que les enfants du premier lit, quoiqu'ils ne puissent exercer l'action en retranchement, peuvent demander l'annulation de la clause de prélèvement, car cette clause porte atteinte au droit qu'ils ont, en tant que réservataires, d'exiger leur réserve en nature, et non pas en équivalent. C'est toujours le même système : on préjuge, sans le démontrer, que les enfants du premier lit agissent, sur la base de l'article 1527, comme réservataires; que l'action en retranchement est une action en réduction; que les avantages matrimoniaux, dans l'hypothèse de secondes nocés, sont de véritables libéralités ⁽¹⁶⁴⁾.

(163) Dupuis, thèse précitée, p. 87.

(164) Comp. les observations de M. Gény, au S., 1928.2.37, col. 2-3.

3° L'article 1527 *in fine* dispose que « les simples bénéfices résultant des travaux communs et des économies faites sur les revenus respectifs, quoique inégaux, des deux époux, ne sont pas considérés comme un avantage fait au préjudice des enfants du premier lit ». Pour un système d'interprétation scientifique, il est certain que cette disposition traduit la nature juridique réellement onéreuse des avantages matrimoniaux dans son tréfonds. Mais, pour un système d'interprétation exégétique, il y a là une petite fiction d'onérosité, qui vient jouer au sein de la vaste réalité gratuite, retrouvée avec l'hypothèse de secondes noces. Or, selon que l'on adopte l'un ou l'autre de ces points de vue théoriques, on est conduit à donner plus ou moins d'extension à la notion d'avantage matrimonial en revenus, pour l'application de l'article 1527 *in fine*. Si les avantages matrimoniaux sont, en principe, de véritables libéralités à l'égard des enfants du premier lit, l'exception doit être interprétée restrictivement : elle n'a d'effet qu'autant que les bénéfices de communauté, les acquêts, se partagent par moitié; dès lors, toute assignation de parts inégales qui vient se greffer sur une communauté d'acquêts donne ouverture à l'action en retranchement. Cette interprétation exégétique est celle de la jurisprudence, qui ne s'est pas démentie, depuis un arrêt de la Cour de cassation du 24 mai 1808, l'arrêt Richard (165). Les Exégètes approuvent (166), et bien des auteurs modernes aussi (167), car, dans la doctrine française

(165) Cass. civ., 24 mai 1808, S., 1808.1.328. — Comp. dans le même sens, Req., 13 juin 1855, S., 55.1.513; Req., 13 avril 1858, S., 58.1.426; Req., 20 avril 1880, S., 81.1.70. *Contra* Trib. civ. Louvain, 10 mai 1926 (*Pasicrisie*, 26.3.124), réformé d'ailleurs par Bruxelles, 9 mars 1929 (*Belgique judiciaire*, 1929, 421, note de M. Cyfer).

(166) Rodière et Pont, III, n° 1626; Aubry et Rau, XI, § 690, texte et note 17; Guillonard, III, n° 1440; Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, II, n° 1457.

(167) V. par ex. Croizat, *loc. cit.*, n° 43.

moderne, c'est encore un dogme que les avantages matrimoniaux constituent des donations au cas de second mariage⁽¹⁶⁸⁾, et ce dogme pèse sur toutes les discussions. La solution reçue est, pourtant, loin de satisfaire l'esprit⁽¹⁶⁹⁾. Ainsi que Coin-Delisle l'a montré excellemment⁽¹⁷⁰⁾, elle est inconciliable avec les solutions admises pour le régime dotal et le régime sans communauté. Sous ces régimes, les économies faites sur les revenus des biens de la femme sont attribuées au mari exclusivement. Or — nous l'avons vu — la doctrine, dans son ensemble, la Cour de cassation, par l'arrêt Corbin-Desmannetaux, ne se montrent nullement disposées à permettre l'action en retranchement contre un tel avantage. En quoi, pourtant, la situation est-elle différente de celle qui résulte d'une stipulation de communauté avec attribution de tous les acquêts à l'un des époux? La vérité est qu'il y a là une contradiction de plus à la charge des conceptions courantes.

Par suite des fausses positions prises sur la nature juridique des avantages matrimoniaux dans l'hypothèse de secondes noces, il est donc indéniable qu'un certain trouble règne quant à l'extension de la notion d'avantage matrimonial dans cette même hypothèse.

c) EXTENSION DE LA NOTION D'AVANTAGE MATRIMONIAL
DANS L'HYPOTHÈSE DE DIVORCE.

Troisième hypothèse, troisième critérium, entièrement distinct des précédents. A en croire la doctrine, les avantages matrimoniaux frappés par la déchéance de l'article

(168) La doctrine belge la plus récente paraît, au contraire, s'affranchir de ce préjugé, si l'on en juge par l'approbation qu'a rencontrée la décision précitée du Tribunal de Louvain : Cyfer (loc. cit.); G. Demaret (*Belgique judiciaire*, 1929, 431); Van de Vorst (*Revue pratique du notariat*, 1930, 321).

(169) Comp. Pol Robert, *op. cit.*, p. 64.

(170) Coin-Delisle, article précité, nos 69-71 (*Revue critique*, 1862, p. 303 et suiv.).

299 ne s'identifieraient forcément ni avec les avantages traités comme actes onéreux au cas de mariage unique, ni avec les avantages soumis à l'action en retranchement au cas de secondes noces. Ici, s'agissant d'atteindre au moyen d'une pénalité civile toutes les stipulations motivées par la faveur de l'époux coupable, le critérium ne pourrait être que subjectif : seuls importeraient les mobiles, et non pas le profit effectivement réalisé. Mais il faut préciser ce critérium subjectif. Deux systèmes ont été proposés :

1° *Système de l'intention libérale évidente.* — C'est le système classique. Il soumet à la déchéance toutes les stipulations avantageuses inspirées par une intention libérale évidente de l'époux offensé⁽¹⁷¹⁾. C'est dire que, pour un tel système, visiblement influencé par la théorie de la fiction, l'article 299 ne s'applique aux avantages matrimoniaux que dans la mesure où ils constituent de véritables donations : l'extension de l'article 299, des libéralités proprement dites aux avantages matrimoniaux, suppose l'assimilation préalable de ceux-ci à celles-là. Il ne s'agit donc pas de rechercher, comme dans l'hypothèse normale, jusqu'où va l'onérosité des avantages matrimoniaux, mais bien, comme dans l'hypothèse de secondes noces, jusqu'où va leur gratuité. Pratiquement, le système classique tend à rejeter hors du champ de la gratuité et, partant, de l'article 299, les avantages en revenus, garantis par l'article 1527 *in fine*, et aussi les avantages résultant de la communauté légale⁽¹⁷²⁾.

2° *Système de l'intérêt de l'époux coupable.* — Ce système, émis par M. Bartin, applique l'article 299 à toutes

(171) V. ainsi Rodière et Pont, III, n° 1362, Dalmbert, note au S., 1899. 2.241; Saleilles, article précité, p. 29; Planiol, *Traité élémentaire*, I, n° 1269; Colin et Capitant, I, p. 239; Planiol, Ripert et Rouast, *La famille*, n° 646; et, pour la jurisprudence française, Rouen, 20 févr. 1897, S., 99.2.241, note Dalmbert.

(172) Rouen, 20 févr. 1897, précité. — V. toutefois, Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *Des personnes*, IV, n° 281.

les stipulations qui ont été conçues et acceptées par l'époux offensé en prévision de l'intérêt de l'époux coupable ⁽¹⁷³⁾. La formule est donc plus large que dans le système précédent : c'est ainsi que, pour M. Martin, malgré l'article 1527, la déchéance pourrait atteindre le partage égal des revenus dans une communauté d'acquêts, si, en fait, le conjoint offensé était beaucoup plus riche que l'autre ⁽¹⁷⁴⁾. Il est certain que cette théorie n'encourt pas le même reproche que la théorie classique : elle se concilie parfaitement, dans son principe, avec l'onérosité essentielle des avantages matrimoniaux. Il n'en reste pas moins, avec elle comme avec la théorie classique, que l'on ne peut se soustraire à la nécessité de recherches psychologiques, recherches fertiles en arbitraire, ce qui est ici particulièrement dangereux, s'agissant de l'application d'une pénalité. On nous dit bien que la considération de l'intérêt de l'époux coupable diffère de la pure intention libérale. Mais il faut s'avouer que la différence est ténue : concevoir et accepter une stipulation dans l'intérêt d'autrui, non dans le sien propre, qu'est-ce donc si ce n'est préférer autrui à soi-même, si ce n'est être mû par une intention de bienfaisance, de libéralité? Ici encore, quoique par un détour, la nature juridique onéreuse des avantages matrimoniaux se trouve compromise.

Si aucun des systèmes proposés n'est satisfaisant, il faut en accuser, une fois de plus, la fragmentation doctrinale de la notion d'avantage matrimonial. Le critérium de l'avantage matrimonial, pour être bon, doit être un.

(173) Martin sur Aubry et Rau, VII, § 480, note 13.

(174) M. Croizat (article précité, nos 49-50) reprend et solidifie le système de M. Martin, en l'encadrant dans un certain nombre de présomptions simples, corrélatives aux diverses classes d'avantages matrimoniaux.

B. — COMPREHENSION DE LA NOTION D'AVANTAGE MATRIMONIAL
DANS LES CONCEPTIONS DOCTRINALES ET JURISPRUDENTIELLES

Les auteurs, encore une fois, sont dans une erreur singulière s'ils s'imaginent que ce qu'ils présentent comme le critérium de l'avantage matrimonial mérite un tel nom. A s'en tenir au système courant, on ne serait en présence d'un véritable critérium que si l'on pouvait dire que toutes les combinaisons portant sur des propres sont des donations, toutes les combinaisons portant sur des biens communs, des avantages matrimoniaux. Or, de l'avis unanime, on ne peut pas le dire. On peut certes dire — à tort ou à raison — que toutes les combinaisons portant sur des propres sont des donations, puisque, d'après les conceptions classiques, un avantage matrimonial ne saurait affecter des propres. Mais on ne peut pas dire que toutes les combinaisons portant sur des biens communs sont des avantages matrimoniaux, parce que, tout le monde le reconnaît, les biens communs sont indifféremment susceptibles de donner lieu à des avantages matrimoniaux ou à des donations. Une donation — institution contractuelle par contrat de mariage — peut attribuer au conjoint survivant la part de communauté que laissera le prédécédé; un avantage matrimonial peut, sur la base de l'article 1525, réaliser le même effet de droit. Il n'y a pas, pourtant, double emploi entre les deux catégories juridiques : donations par contrat de mariage et avantages matrimoniaux obéissent à des réglementations très nettement opposées. Il est donc, *a priori*, possible et nécessaire de trouver entre ces deux catégories un élément de différenciation. Mais de quel côté le chercher? Ce ne peut être du côté de l'objet sur lequel portent les deux espèces de combinaisons, puisque, par hypothèse, cet objet est le même. L'avantage matrimonial ne saurait être défini d'après les biens qu'il affecte, mais d'après un élément

constitutif interne, inhérent à sa notion. Ce n'est plus l'extension maximum qui est en jeu, c'est la compréhension du concept. Tel est le problème — le seul problème — du critérium de différenciation entre avantage matrimonial et libéralité. La doctrine et la jurisprudence l'ont certes aperçu, mais elles l'ont plutôt négligé : on ne peut nier qu'il ne soit extrêmement difficile. Essayons, cependant, de déceler, chez les interprètes, des faisceaux de tendances, à défaut de théories arrêtées.

a) TENDANCES SUBJECTIVES.

Laurent déclare que, pour savoir s'il y a avantage matrimonial ou libéralité, il faut considérer, à la fois, ce que les époux peuvent et ce qu'ils veulent ⁽¹⁷⁵⁾ : Ce qu'ils peuvent, c'est le problème de l'extension maximum de l'avantage matrimonial sous le rapport de son objet; ce qu'ils veulent, c'est le problème de la compréhension interne de la notion d'avantage matrimonial. Ainsi, pour Laurent, c'est la volonté des époux qui est déterminante en la matière. Dès lors qu'il peut y avoir indifféremment avantage ou donation, il y a avantage ou donation suivant que les parties ont voulu faire l'un ou l'autre. Ces tendances subjectivistes ont eu seules cours durant le xix^e siècle ⁽¹⁷⁶⁾, et elles n'ont point disparu aujourd'hui. Cela permet de comprendre pourquoi tant d'auteurs amalgament l'intention libérale à leur critérium de l'extension maximum de l'avantage matrimonial. L'intention libérale, est-il loisible de supposer, c'est l'intention de faire une libéralité. Dire qu'il ne peut plus y avoir avantage matrimonial, dans tel ou tel cas, en présence d'une intention libérale manifeste, équivaut à dire qu'il y a libéralité quand les parties ont manifesté l'intention d'en faire

(175) Laurent, XXIII, nos 383 et suiv.

(176) V. ainsi, Rodière et Pont, III, n° 1607.

une, donc qu'il y a avantage matrimonial quand les parties ont exprimé la volonté d'en faire un. Les auteurs laissent, de la sorte, chevaucher empiriquement la considération de ce que les parties veulent sur la considération de ce qu'elles peuvent.

Ces tendances subjectives prêtent largement le flanc à la critique. D'abord, elles ne sont nullement adéquates à l'ensemble de la question : elles se cantonnent strictement sur le terrain des contrats. Or, il est des avantages matrimoniaux qui ne sont point d'origine contractuelle, témoin les avantages résultant de la communauté légale, et d'autre part, en face de la donation (spécialement de l'institution contractuelle) qui est un contrat, il existe la succession *ab intestat*, transfert de biens déclenché par un fait juridique à titre gratuit. La distinction des avantages matrimoniaux légaux et des avantages successoraux légaux entre époux, distinction déjà entrevue⁽¹⁷⁷⁾, s'intègre dans la distinction générale de l'avantage matrimonial et de la libéralité et, pourtant, elle ne s'accommode, par définition, d'aucun critérium psychologique. Mais, même si on limite la question à son aspect contractuel, les tendances subjectives se heurtent à une objection irrémédiable : c'est que la considération de la volonté concrète des époux est en soi impuissante à nous rien apprendre touchant la différenciation abstraite de l'avantage matrimonial et de la donation. La difficulté se présente dans les mêmes termes pour tous les contrats. On reconnaît qu'il y a bail ou qu'il y a vente selon ce que les parties ont entendu faire, qu'il y a société ou louage de services suivant ce que les contractants ont voulu. Mais il n'empêche que le bail et la vente, que la société et le louage de services se différencient entre eux par des critères essentiellement objectifs. Le rôle de la volonté des parties

(177) V. plus haut, p. 247 et suiv.

consiste seulement à faire un choix entre deux catégories juridiques aux éléments préconstitués. Pourquoi ne tient-on pas le même raisonnement en matière d'avantages matrimoniaux? La considération de l'intention des parties ne saurait supprimer la nécessité scientifique de trouver un critérium objectif entre l'avantage matrimonial et la libéralité.

La jurisprudence a toujours été représentée comme sanctionnant les tendances subjectives. De fait, nombre d'arrêts affirment que, pour apprécier s'il y a avantage matrimonial ou donation, il faut dégager de l'ensemble du contrat de mariage l'intention réelle des parties, sans s'attacher aux qualifications plus ou moins exactes dont elles ont pu se servir. Ce problème de la qualification des clauses litigieuses est tout à fait caractéristique de la jurisprudence du *xix^e* siècle. C'est que, pendant assez longtemps, la routine notariale a donné aux conventions de mariage une rédaction donative : les avantages matrimoniaux étaient constamment qualifiés « donations » dans les contrats. En quels cas cette qualification devait-elle être regardée comme traduisant l'intention réelle des futurs? en quels cas, comme illusoire? La Cour de cassation a fait état de plusieurs ordres de considérations ⁽¹⁷⁸⁾ (on ne peut parler de critérium, il n'y a là que des décisions d'espèce) : 1° quand il est stipulé que la donation sera réduite à la quotité disponible en présence d'héritiers réservataires, il faut admettre l'intention réellement donative ⁽¹⁷⁹⁾; 2° si la clause englobe indistinctement des acquêts et des apports (aujourd'hui, on devrait dire : des biens communs et des propres), la qualification de donation doit être retenue; elle doit être écartée, au contraire,

(178) Comp. Degand, *op. cit.*, n° 51bis; Courtois, *op. cit.*, nos 127 et suiv.

(179) Cass. civ., 13 févr. 1832 (*Répertoire Dalloz*, v° *Enregistrement*, n° 3434. V. une critique de cette interprétation chez Coin-Delisle, article précité, n° 21, p. 21); Civ., 15 févr. 1841, S., 41.1.217.

s'il y a deux dispositions distinctes⁽¹⁸⁰⁾; 3^e raisonnement tout à fait significatif du point de vue de la notion de personnalité morale : s'il est fait allusion à une mutation de propriété de la communauté dans le patrimoine du prédécédé, puis de ce patrimoine dans celui du donataire, il y a bien réellement donation, tandis que s'il ne s'opère qu'une seule mutation, directement de la communauté dans le patrimoine de l'attributaire, il y a une convention de mariage mal qualifiée⁽¹⁸¹⁾. Il semble donc que, par cette jurisprudence, la Cour de cassation applique, dans toute leur pureté, les tendances subjectivistes. Mais n'est-ce pas une simple apparence? Ce qu'il y a de plus de saillant dans les arrêts, en somme, c'est qu'ils arrivent à traiter comme avantage matrimonial ce que les époux avaient conçu comme donation. On nous dit bien que la Cour suprême ne se détache de la lettre des contrats qu'afin de mieux saisir la volonté réelle des parties (art. 1156). Mais voyons ce que vaut l'argument. Dans les conventions matrimoniales litigieuses, on trouve constamment énoncé que les parties se font donation pour la bonne amitié, pour la tendresse qu'ils se portent, etc. Or, cette redondance sentimentale a un nom : c'est l'intention libérale. La vérité, c'est que, sous couleur de donner efficacité à la volonté profonde des parties, la jurisprudence a réduit à l'impuissance l'intention libérale, pour faire prévaloir une notion objective — qu'elle n'a point définie, et qui n'a jamais dû, même, être bien arrêtée dans son esprit — une notion objective de l'avantage matrimonial.

b) TENDANCES OBJECTIVES.

Dans la doctrine récente, des tendances objectives se font jour. Elles sont d'importation étrangère. Au lende-

(180) Cass. civ., 21 mars 1860, S., 60.1.1000, et 29 janv. 1866, D., 66.1.63.

(181) Cass. civ., 23 avril 1849, *Rép. Dalloz*, v^o *Enregistrement*, n^o 3434; Civ., 7 déc. 1870, D., 71.1.153, et la note.

main de la promulgation du Code civil allemand, on s'est demandé outre-Rhin, en vue de déterminer le champ d'application de la forme requise pour le contrat de mariage, quelles étaient les stipulations qui rentraient essentiellement dans la notion de ce contrat. On rencontre chez Planck la formule suivante : « Doivent être placées en dehors de la notion du contrat de mariage *les dispositions qui pourraient être convenues par les époux, alors qu'aucun régime de biens n'existerait entre eux.* » (182). M. Croizat s'en inspire manifestement : « Il suffit, écrit-il, pour qu'une stipulation avantageuse soit soumise aux règles relatives aux avantages matrimoniaux, qu'elle fasse partie intégrante du régime adopté, qu'elle concoure à la détermination du pacte qui régit l'association conjugale. Ce n'est pas l'intention des parties qui influe sur la nature des clauses litigieuses, mais le lien qui unit ces stipulations à l'ensemble des clauses qui déterminent le statut des intérêts pécuniaires des époux. Il suffit de se demander : *dans quelle mesure telle ou telle stipulation avantageuse peut-elle être dissociée du régime de communauté sans que l'équilibre général des conventions matrimoniales soit compromis?* » (183). Ces tendances objectives sont très louables, mais il ne faut pas se dissimuler que le critérium auquel elles prétendent aboutir n'en est pas un. Un critérium est, par définition, un instrument tranchant. Or, l'interrogation qui contiendrait le critérium de M. Croizat n'a rien de tranchant. Ce n'est pas une de ces interrogations auxquelles il faille répondre par oui ou par non. Elle implique, au contraire, l'examen d'une question de fait, des contingences, des nuances. On ne voit pas, par exemple, en quoi l'équilibre général des

(182) Planck, t. IV, sur l'art. 1432. — Comp. la traduction du Code civil allemand par le Comité de législation étrangère, éd. 1904, t. III, p. 217 (annotation de M. Gény).

(183) Croizat, article précité, n° 20.

conventions matrimoniales serait compromis, si l'on dissociait du régime de communauté une attribution de toute la communauté au survivant en vertu de l'article 1525 ? Il ne serait pas plus compromis, en tout cas, que si l'on dissociait du régime une institution contractuelle, portant donation au survivant de la part de communauté du prédécédé. Le problème de la différenciation des avantages matrimoniaux et des libéralités demeure donc entier, de plus en plus irritant.

§ 2. — *Solution proposée : Le régime matrimonial a, dans toutes ses parties, une nature onéreuse.*

La solution proposée ne saurait être, ici encore, qu'une déduction de la nature juridique du régime matrimonial, considérée sous l'angle de la notion de société. Le régime matrimonial constitue une société personnifiée. L'essence des sociétés personnifiées est-elle, de droit commun, gratuite ou onéreuse ? Voilà ce qu'il importe de rechercher : il suffira ensuite de peu de chose pour adapter les résultats généraux de ces recherches à l'hypothèse particulière de la société conjugale. Cependant, avant de se mettre ainsi à l'œuvre, le juriste doit s'assurer qu'il a en main un instrument bien « au point », c'est-à-dire un critère précis pour distinguer le titre gratuit et le titre onéreux : cette révision préalable n'est pas de celles que l'on peut négliger, tant est grande l'incertitude qui règne, à l'heure actuelle, sur la distinction des deux notions.

I. — *Distinction du titre gratuit et du titre onéreux.*

De tout temps, le problème a été discuté ; mais des ouvrages récents semblent avoir rallumé les controverses. Rappelons les positions doctrinales avant de critiquer et de prendre parti.

La doctrine moderne oscille entre deux pôles, marqués respectivement par les conceptions de Planiol et de M. Josserand.

La conception de Planiol est une conception objective ou, si l'on préfère, rigoureusement économique. Elle met en vedette l'enrichissement et l'appauvrissement des patrimoines, et laisse à l'arrière-plan l'état psychologique des intéressés : « Le caractère gratuit ou onéreux d'un contrat, déclare le regretté jurisconsulte, s'apprécie uniquement d'après les relations des parties entre elles; il dépend de la réciprocité des prestations ou des engagements qu'elles échangent. Si chacune d'elles donne à l'autre quelque chose ou prend envers elle un engagement en retour de ce qu'elle reçoit, l'acte est à titre onéreux; son résultat est caractéristique et facile à reconnaître. Vérifiez la valeur du patrimoine des deux parties avant et après l'opération : dans les conditions normales, vous devez trouver le même chiffre ou, du moins, les variations qui peuvent être constatées ne doivent pas dépasser les limites d'incertitude que comporte toujours une estimation de ce genre. Si cette réciprocité fait défaut, c'est-à-dire si l'une des parties donne ou fait quelque chose sans rien recevoir en retour, l'acte est à titre gratuit. » (184). Pour Planiol, le problème se ramène donc, en quelque sorte, à une pesée matérielle des deux patrimoines en présence.

À l'opposé, la conception de M. Josserand — simple synthèse des solutions jurisprudentielles, à en croire l'auteur — est une conception subjective et psychologique. Elle proclame la précellence de l'intention libérale en tant que signe diacritique du titre gratuit. Sans

(184) Planiol, note D., 1891. 2. 113. — Comp. déjà dans le même sens : Baudry-Lacantinerie et Barde, *Obligations*, I, n° 16; Ch. Beudant, *Cours de Droit civil*, IV, nos 33-35.

doute reconnaît-elle qu'à l'intention libérale doit correspondre un élément économique, mais cet élément économique est, selon elle, très secondaire. Que l'on en juge plutôt : « Tout, ou presque tout, affirme M. Jossierand, dépend de l'esprit dans lequel l'acte a été conçu et aménagé; le but et les mobiles des parties sont ici décisifs : un acte est à titre gratuit lorsqu'il procède d'une intention de libéralité; c'est l'*animus donandi*, au sens large du mot, qui en constitue l'armature et qui lui insuffle la vie. On voit donc apparaître ici la notion de cause, au sens classique du mot, dont l'importance est déterminante : un acte est à titre gratuit lorsqu'il est causé par l'esprit de libéralité, lorsqu'il se ramène à un bienfait procuré par l'une des parties à l'autre; suivant la formule de la Cour de cassation, « ... une libéralité n'existe qu'autant qu'on » rencontre chez le donateur l'intention de gratifier » (Req., 9 déc. 1913, D. P., 19. 1. 29) : pas de libéralité sans intention libérale (comp. Pothier, *Traité des obligations*, n° 12). Mais il faut ajouter : pas d'intention libérale sans un bienfait effectif dans lequel elle vienne se concrétiser... En résumé, deux conditions sont requises pour qu'un acte constitue une libéralité, la première dominant nettement la deuxième : a) il faut d'abord que le disposant ait obéi à une pensée de générosité, que son geste s'explique par l'*animus donandi*, qu'il soit marqué au coin de l'esprit de libéralité. La cause, l'intention, les mobiles, le but poursuivi sont, à cet égard, déterminants; b) il faut encore que cet esprit de libéralité se soit concrétisé dans une libéralité effective, dans un avantage, au sens le plus large du mot, retiré par le bénéficiaire. » (185). Citons encore cette formule caractéristique : « Pas de libéralité sans intention libérale, et pas d'intention libérale sans mobiles propulseurs adéquats. » (186). Un même

(185) Jossierand, *Cours de Droit civil positif*, III, nos 1236-1237.

(186) Jossierand, *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, n° 297.

acte est donc susceptible de prendre indifféremment une couleur gratuite ou onéreuse, au contact de la volonté contingente du disposant. Aussi comprend-on que M. Josserand pose, comme un principe, la relativité du titre onéreux et du titre gratuit ⁽¹⁸⁷⁾.

Entre ces deux extrêmes, des opinions moins tranchantes viennent s'insérer. M. Demogue prétend suivre la conception objective : « Il y a acte à titre onéreux, déclare-t-il, si une prestation a un équivalent certain ou aléatoire, matériel ou moral. » ⁽¹⁸⁸⁾. Mais il ne croit pas à la possibilité d'établir, en l'espèce, un critère rigide, et en fait, sa pensée s'accommode de tellement de nuances qu'elle n'est pas loin de rejoindre pratiquement, à beaucoup d'égards, le subjectivisme de M. Josserand. C'est en réaction contre ces excès de souplesse que M. Champeaux s'efforce de concilier rationnellement, par un critérium fermement bipartite, les deux points de vue opposés, en faisant une part légitime à l'élément économique et à l'élément psychologique dans la discrimination du gratuit et de l'onéreux ⁽¹⁸⁹⁾. Il considère, certes, en première ligne, pour déterminer la gratuité d'un acte, l'existence d'un avantage effectivement conféré au bénéficiaire. Mais il ne sous-estime pas, pour autant, le rôle de l'intention libérale; seulement sa notion même de l'intention libérale est une notion objective, dépouillée de la contingence des mobiles; l'intention libérale, c'est, d'après lui, l'accord

(187) Josserand, *Les mobiles*, nos 250-262. — La conception subjective se trouve déjà en germe chez Demolombe, XXIV, n° 24, et plus près de nous, chez Colin et Capitant, II, p. 264; Valloir : *Essai sur la notion d'acte à titre gratuit*, thèse Rennes, 1919, p. 97 et suiv. et p. 163; et Hamel, *La notion de cause dans les libéralités*, thèse Paris, 1920, p. 21.

(188) Demogue, *Traité des obligations*, II, n° 916-VI. — Comp. des tendances analogues dans Ray, *De la notion de donation en Droit civil français*, thèse Paris, 1912, et Esmein, *Traité pratique de Planiol et Ripert. Obligations*, I, nos 37-39.

(189) Champeaux, *Etude sur la notion juridique de l'acte à titre gratuit en Droit civil français*, thèse Strasbourg, 1930, spécialement p. 273.

de volontés par lequel les parties reconnaissent qu'un avantage a été créé au profit de l'une d'entre elles exclusivement (190).

Ces divers systèmes contiennent des données très précieuses, que nous aurons à utiliser, mais on ne peut pas dire qu'il en soit aucun de pleinement satisfaisant.

B

Il est certain, en effet, que les objections que s'adressent les deux grandes théories antagonistes sont, de part et d'autre, extrêmement fortes.

A la théorie de Planiol, on reprochera avec raison d'être impuissante à rendre compte de toutes les hypothèses (191). Il advient souvent qu'un patrimoine s'enrichisse aux dépens d'un autre patrimoine, sans que ce transfert de valeurs constitue en soi une libéralité (192). Voici, par exemple, un acte de vente lésionnaire pour le vendeur. Comment le profit que l'acheteur en retire se distinguera-t-il de l'avantage qui aurait pu résulter pour lui d'une donation accessoire à la vente? Il faut nécessairement prendre en considération la psychologie des parties.

Mais la théorie de M. Josserand ne suffit pas davantage à tout expliquer. Il y a bien des cas où un simple déplacement d'éléments patrimoniaux, sans être accompagné d'aucune espèce d'intention libérale, réalise un acte à

(190) Champeaux, *op. cit.*, p. 73.

(191) On lui reproche souvent, en outre, de confondre la catégorie des contrats onéreux avec celle des contrats synallagmatiques (Josserand, *Les mobiles*, n° 292). Mais le reproche est immérité. Autre chose est la réciprocité des obligations, autre chose l'équivalence économique des prestations. Il n'est donc pas contraire à la théorie objective qu'un contrat soit à la fois onéreux et unilatéral. Ainsi, le prêt à intérêt n'engendre d'obligations qu'à la charge de l'emprunteur; mais il provoque un déplacement de valeurs économiques dans les deux sens : le prêteur transfère la jouissance de son capital à l'emprunteur; celui-ci lui transfère en retour les intérêts, équivalent économique de cette jouissance.

(192) Josserand, *Les mobiles*, n° 292.

titre gratuit ⁽¹⁹³⁾. Cela a été jugé maintes fois ⁽¹⁹⁴⁾, objection grave pour une théorie qui prétend épouser les tendances jurisprudentielles. Cependant, si la conception subjective n'était qu'insuffisante dans ses résultats, on pourrait encore la traiter sur le même pied que la conception objective; mais, en réalité, elle est atteinte d'un vice beaucoup plus profond : c'est la notion même sur laquelle elle repose, la notion d'intention libérale, qui est intrinsèquement fausse. Comment tailler un critère précis dans une notion aussi trouble? Historiquement, l'intention libérale, l'*animus donandi*, se présente avec les origines les plus suspectes. C'est assurément, ainsi que l'a démontré Pringsheim ⁽¹⁹⁵⁾, une de ces redondances psychologiques ignorées du Droit romain classique, et introduites par les Byzantins en conformité de la pratique notariale de l'Empire d'Orient. L'*animus donandi*, qui a pour rôle de déterminer la nature du contrat, est en relation avec l'importance que la philosophie hellénique reconnaît à la ψυχή; et plus particulièrement sous la forme de la διάνοις χαρακτηριῶν ⁽¹⁹⁶⁾, il porte le sceau de l'influence chrétienne. Il s'agit donc du produit d'un milieu historique très spécial, et l'on peut avancer, *a priori*, qu'une telle notion ne saurait être transplantée dans notre Droit que d'une manière tout à fait artificielle. Qu'est-ce, en effet, aujourd'hui, que l'intention libérale? Forcément, ce ne peut être qu'un succédané d'un concept plus compréhensif. De fait, les défenseurs de l'*animus donandi* ne ces-

(193) Comp. Valloir, *op. cit.*, p. 145.

(194) V. par ex. : Caen, 31 mai 1883, D., 84. 2. 217; Caen, 5 nov. 1885, sous Req., 7 févr. 1887, D., 87. 1. 401; Req., 6 août 1867, S., 67. 1. 432; D., 68. 1. 86; Req., 11 avril 1902, D., 1903. 1. 467, note Guénée.

(195) Pringsheim, *Animus donandi* (*Revue Savigny*, 1921, p. 273-327).

(196) L'expression se trouve chez le scoliaste Théodore, qui florissait entre 575 et 602 après J.-C. (*Suppl. Basiliques*, éd. Zachariæ, p. 134, sur C., 2. 18. 1, Schol 1). Comp. les formules de papyrus reproduites par Pringsheim, *loc. cit.*, p. 286.

sent pas de tourner autour de la notion de cause. Mais on sait qu'il y a deux conceptions antithétiques de la cause ⁽¹⁹⁷⁾. Il y a d'abord la conception jurisprudentielle, qui identifie la cause avec les motifs concrets de l'acte à titre gratuit. M. Josserand voudrait bien se référer ici à cette conception, congruente à son propre point de vue touchant le rôle des mobiles en Droit privé. Seulement cela lui est impossible; car les mobiles concrets, hétérogènes, variant indéfiniment au hasard des espèces, s'ils permettent d'apprécier la licéité ou la moralité d'un contrat, n'ont point la consistance requise pour servir de critérium de différenciation entre deux catégories juridiques. Nécessairement, pour remplir sa fonction de critère, l'intention libérale doit revêtir une portée abstraite et immuable, donc s'intégrer dans la structure technique de l'acte à titre gratuit. On est ainsi ramené à la doctrine classique de la cause. Mais justement il est prouvé, depuis longtemps, que cette doctrine, dans son application aux libéralités, est absolument vide de sens. Cela a été indiqué par Ernst, il y a plus de cent ans ⁽¹⁹⁸⁾ : la cause, conçue sous l'aspect de l'intention libérale abstraite, n'est pas autre chose, en réalité, que le consentement des parties dans le contrat, ou, plus largement, que la volonté du disposant dans l'acte juridique à titre gratuit ⁽¹⁹⁹⁾. M. Josserand en convient lui-même ⁽²⁰⁰⁾; et c'est bien aussi ce qui apparaît dans la définition de M. Champeaux. Par conséquent, dire qu'un acte est à titre gratuit ou à titre onéreux selon qu'il y a ou non intention libérale, cela revient

(197) Comp. sur ce point, Bonnecase, *Supplément au Traité de Baudry-Lacantinerie*, II, nos 544 et suiv.

(198) Ernst, *La cause est-elle une condition essentielle pour la validité des conventions ?* (*Bibliothèque du jurisconsulte et du publiciste*, 1826, I, p. 230-264).

(199) Comp. Dabin, *Les récentes destinées de la théorie de la cause des obligations*.

(200) Josserand, *Les mobiles*, n° 16, *in fine*.

à dire que le contenu d'un acte juridique se détermine d'après l'intention des parties. On s'en doutait déjà un peu. En vérité, l'intention libérale est une pure tautologie : c'est l'intention de former le contrat de donation ou de faire un acte unilatéral gratuit comme le testament. On cherchait un élément spécial, l'élément diacritique de l'acte à titre gratuit, et ce que l'on découvre, c'est un élément général, ressortissant à la notion la plus abstraite de l'acte juridique. Si l'intention libérale trace une ligne de démarcation, ce n'est point entre le titre gratuit et le titre onéreux, c'est entre le domaine des manifestations de volonté et celui des effets de droit produits sans manifestation de volonté.

A ce degré de la discussion, la critique interne du concept d'intention libérale va peut-être nous révéler la raison profonde pour laquelle les divers critères proposés — objectif, subjectif ou bipartite — ne réussissent pas à embrasser l'ensemble des hypothèses. *Est-ce que le grand tort de la doctrine ne serait pas de lier le titre gratuit et le titre onéreux à la notion de contrat ou même, plus largement, à la notion de volonté? Une séparation ne s'imposerait-elle pas, ici comme en beaucoup d'autres matières, entre l'institution juridique envisagée et l'enveloppe contractuelle (art. 1105-1106) ou, du moins, volontariste (art. 894-895), dont le Code civil l'a revêtue?* Telle est la question; et, après les conclusions auxquelles nous sommes parvenu touchant le rôle de la volonté dans le mécanisme générateur des régimes matrimoniaux, elle est d'autant plus urgente à résoudre. Si, en effet, comme nous avons cru l'établir, le régime matrimonial est engendré par une action directe de la loi, il est difficile, avec les conceptions doctrinales courantes, de parler de sa nature gratuite ou onéreuse, puisque, dans ces conceptions, la gratuité et l'onérosité sont des qualités réservées exclusivement aux manifestations de volonté. Comment un effet

légal, même déclenché par un acte juridique, mais par un acte juridique ne tendant pas directement à cette fin, comment un effet légal pourrait-il prendre une teinte gratuite ou onéreuse, alors que le titre gratuit et le titre onéreux supposent essentiellement des actes juridiques visant, d'une manière directe et consciente, à un but de gratuité ou d'onérosité? La position prise sur le mécanisme générateur du régime matrimonial a donc ici son contre-coup. Les auteurs, du reste, s'en sont aperçus, non pas, à vrai dire, pour les régimes conventionnels, où l'idée de contrat a paru aller d'elle-même, mais pour le régime légal. Une fois la fiction du contrat tacite écartée, une fois admise la notion courante d'effet légal, force est bien de constater que sont en déroute les diverses conceptions du titre gratuit et du titre onéreux : « Les effets de la communauté légale sur le patrimoine des époux, à la dissolution du mariage, déclare ainsi M. Champeaux ⁽²⁰¹⁾, ne pourront être analysés ni comme constituant des actes à titre gratuit, ni comme constituant des actes à titre onéreux, car ces résultats sont imposés par la loi. Certes, on pourrait dire qu'ils découlent d'un acte libre entre les parties : le mariage, mais cet acte a pour but la création du foyer et de la famille, et non un résultat pécuniaire précis; si ce dernier existe, c'est que la loi l'impose aux époux. » De la sorte, sous le couvert de la notion d'effet légal, on trouve un nouveau terrain pour faire échapper les régimes matrimoniaux à la distinction de la gratuité et de l'onérosité. Le raisonnement est d'une aisance presque simpliste : le régime matrimonial n'est ni un acte à titre gratuit, ni un acte à titre onéreux, pour la bonne raison qu'il n'est point un acte juridique, mais un effet de la loi. Seulement tout s'effondre, si l'on parvient à dissocier de

(201) Champeaux, *op. cit.*, p. 209. — Comp. Planiol, Ripert et Nast, II, n° 962.

la notion d'acte juridique titre onéreux et titre gratuit. Planiol, classifiant les contrats, formulait déjà cette observation suggestive : « Je me conforme ici au langage usuel, qui n'est pas très correct. Une acquisition se fait à *titre onéreux* ou *gratuit*, selon que l'acquéreur fournit ou non la valeur de ce qu'il reçoit; mais on a tort de dire qu'un contrat est à *titre* onéreux, car un contrat n'a pas de titre : c'est lui-même qui sert de titre à l'acquisition. » (202). La voilà bien, la clef du problème! Ce qui est gratuit ou onéreux, ce n'est pas le contrat, c'est le transfert de valeurs patrimoniales, transfert qui peut, assurément, avoir pour origine indirecte le déclic d'un contrat ou d'un acte juridique, mais qui, d'une manière directe, n'en est pas moins engendré par la loi. L'acte juridique et le fait juridique sont, d'ailleurs, également susceptibles d'intervenir ici, dans leur fonction immédiate, pour mettre en mouvement le mécanisme légal de ce transfert. C'est donc bien toujours, en définitive, un mécanisme légal qui est le support du titre onéreux ou du titre gratuit. L'un et l'autre titres ne cessent pas de pouvoir s'adapter au régime matrimonial, car ils le suivent dans son évolution hors de l'emprise contractuelle. Il apparaît que la donation est au titre gratuit ce qu'est le contrat de mariage au régime matrimonial : *l'espèce contractuelle d'un genre plus étendu* (203). Et cela explique pourquoi les deux critères opposés de Planiol et de M. Jos-

(202) Planiol, *Traité élémentaire*, II, n° 931, note.

(203) Cette insuffisance du point de vue contractuel a déjà été ressentie; seulement, suivant ses tendances, notre vieille doctrine a prétendu y obvier, non pas en dégagant une catégorie juridique plus générale, mais en dilatant et en déformant l'idée de contrat. On en est ainsi venu à parler de donation légale, comme on a parlé ailleurs de contrat de mariage légal ou encore de mandat légal. Troplong (I, n° 31) déclare, par exemple, que « le douaire (était) un *présent de la loi* ». Avant lui, Pothier ne répugne pas à une semblable alliance de mots. « Le préciput légal, écrit-il (*Communauté*, I, n° 439), est une *donation que la loi fait au survivant* de la part du prédécédé dans le mobilier de la communauté. »

serand arrivent à rendre raison chacun d'un certain nombre d'hypothèses : il y a des transferts à titre gratuit qui n'exigent point l'intention libérale (c'est-à-dire la volonté des parties), et d'autres qui l'exigent, parce qu'il y en a qui ne résultent point d'actes juridiques tendant directement à cette fin, et d'autres qui en résultent; le premier critérium délimite le genre, le second caractérise l'espèce.

C

Il nous faut affirmer, en tête de notre solution, que la distinction du titre gratuit et du titre onéreux est de celles qui ne laissent place à aucune échappatoire. Ou il y a titre gratuit, ou il y a titre onéreux : entre les deux, point de zone neutre, refuge des notions mal définies. L'observation doit d'autant plus être soulignée que c'est assez souvent à l'occasion des avantages matrimoniaux — nous le savons ⁽²⁰⁴⁾ — que l'on a préconisé l'ouverture d'une catégorie intermédiaire.

Si la distinction du titre gratuit et du titre onéreux nous apparaît comme une distinction inéluctable, cela tient à la conception même que nous nous en faisons. Cette conception est, en somme, à son point de départ, voisine de celle de Planiol. Onérosité et gratuité ne nous semblent avoir de signification qu'à l'égard d'un transfert de valeurs patrimoniales; et, dès lors, le problème est un problème d'exacte mensuration, non un problème de nuances. Il sied de supposer deux patrimoines en présence et, entre ces deux patrimoines, un déplacement de valeurs. Si des éléments du patrimoine A passent dans le patrimoine B, tandis qu'en contre-partie d'autres éléments, ayant (pour employer le langage d'un économiste contemporain) ⁽²⁰⁵⁾ la même « dimension économique », se portent du patri-

(204) V. plus haut, p. 683 et suiv.

(205) Fr. von Gottl-Ottlilienfeld, *Die wirthschaftliche Dimension*.

moins B dans le patrimoine A, il y a titre onéreux. Dans la mesure, au contraire, où le transfert de patrimoine à patrimoine n'est pas compensé par un transfert égal en sens inverse, il y a titre gratuit. L'expression « transfert de valeurs patrimoniales » ne doit pas, d'ailleurs, être entendue seulement du transfert des richesses, qui se traduisent juridiquement en droits réels. Des obligations, dont l'exécution se concrétisera en prestations de services, un crédit ouvert, sont aussi bien susceptibles de répondre à cette expression. Par valeur patrimoniale, il faut comprendre, au sens large, toute chose pécuniairement appréciable, donc économiquement et objectivement mesurable. La prépondérance ainsi reconnue au facteur économique, dans cette conception générique du titre gratuit et du titre onéreux, est corroborée par les textes. Sans doute a-t-on relevé maintes fois la défectuosité des définitions légales. Il n'en est pas moins précieux de noter que, dans l'article 894 comme dans les articles 1105 et 1106, ce que le Code civil met en vedette, ce n'est pas le point de vue psychologique, c'est le point de vue matériel, l'équilibre des transferts, la pesée des valeurs.

Cette conception, purement physique en quelque sorte, a une portée générale et embrasse l'ensemble des déplacements de valeurs entre patrimoines : il n'est pas un seul transfert d'éléments patrimoniaux qui ne comporte nécessairement soit un titre gratuit, soit un titre onéreux. Tous les transferts ressortissant à un même titre ont, du reste, en soi une nature uniforme, mais ils se différencient grandement sous l'angle de leur mécanisme générateur. C'est toujours la loi qui, par un effet direct, produit le déplacement des valeurs patrimoniales; seulement elle n'opère que sous le déclic d'un événement extérieur : fait juridique ou acte juridique. Titre gratuit et titre onéreux sont donc susceptibles de se greffer indirectement sur des faits aussi bien que sur des actes juridiques. Comme exem-

ples de ce que l'on pourrait appeler les faits juridiques à titre gratuit, il faut au moins citer, entre beaucoup d'autres, la prescription, l'occupation, l'enrichissement sans cause, la succession *ab intestat* ⁽²⁰⁶⁾. Il existe également des faits juridiques à titre onéreux : ainsi, le délit engendre une créance, valeur économiquement appréciable, qui est l'exact équivalent du dommage subi par le patrimoine de la victime; de même, la situation du fonds enclavé fait entrer une servitude active dans le patrimoine du propriétaire du fonds, et en fait sortir une indemnité compensatrice. Quant aux actes juridiques, leurs relations avec le titre gratuit et le titre onéreux sont loin de se réduire au petit nombre de catégories connues : rien n'est plus varié que la manière dont ils interviennent pour déclencher un transfert de valeurs patrimoniales. Il est d'abord des hypothèses où l'acte-déclat n'émane même pas du titulaire du patrimoine intéressé par le transfert. Dans la vente forcée, c'est la volonté des créanciers qui fait sortir, à titre onéreux, hors du patrimoine du saisi, le bien objet de la saisie. Dans l'article 511, ce sont les manifestations de volonté concordantes du conseil de famille, du tribunal et de l'enfant gratifié, qui aboutissent à déplacer, à titre gratuit, une valeur patrimoniale hors du patrimoine de l'interdit; cette possibilité de faire des libéralités avec le patrimoine d'autrui a beau résulter du mécanisme normal de la représentation ⁽²⁰⁷⁾, elle n'en aurait pas moins quelque chose d'insolite dans un système qui s'attacherait exclusivement à l'intention libérale. Dans d'autres hypothèses, au contraire, le déclat est bien

(206) Pour la succession *ab intestat*, l'idée n'est pas nouvelle, et, sous une forme volontariste et même contractualisée, on la trouve répandue en doctrine, où l'on parle tantôt de testament tacite (comp. sur cette théorie, Planiol, *Traité élémentaire*, III, n° 1700), tantôt de donation tacite (Fildermann, *Nature juridique de la transmission par décès*, thèse Paris, 1909).

(207) Comp. Madray, thèse précitée, p. 161 et suiv.

donné par un acte juridique des intéressés, mais par un acte juridique qui ne visait pas directement et consciemment à réaliser le transfert de valeurs patrimoniales qui se réalise en fait. De cette catégorie — à s'en tenir au titre gratuit — il convient de faire dépendre les actes onéreux qui laissent un avantage à l'un des contractants, les actes lésionnaires, les renonciations à un droit. Ces actes juridiques, très divers en apparence, ont un trait de commun : le transfert gratuit qui procède d'eux n'est pas déterminé par leur contenu. Mais il est, dans le même ordre d'idées, des hypothèses plus singulières, et nous en indiquerons une, tant elle a d'affinités avec la matière des avantages matrimoniaux, vue notamment à la lumière du dernier membre de phrase de l'article 1527. Un père, en autorisant le mariage de sa fille entre 15 et 18 ans, provoque son émancipation et, partant, la cessation de la jouissance légale qu'il pouvait exercer sur ses biens (art. 384) ⁽²⁰⁸⁾. L'excédent de cette jouissance sur les dépenses qui en étaient la charge (art. 385) est, de la sorte, transféré gratuitement dans le patrimoine de la fille. Il y a, sans conteste, transfert gratuit de revenus ⁽²⁰⁹⁾; ce

(208) Nous raisonnons sur le cas le plus fréquent; mais il va de soi que le raisonnement n'est pas moins valable pour le cas d'émancipation expresse, quel que soit le sexe de l'enfant. — D'autre part, depuis la loi du 17 juillet 1927 modifiant l'article 148 du Code civil, le mineur peut se marier, par conséquent être émancipé, contre le gré de son père, avec le seul consentement maternel. Par le mécanisme de cette loi, la jouissance légale peut prendre fin à la suite d'un acte juridique auquel n'aura point concouru la volonté du titulaire du droit. On retombe ainsi dans l'hypothèse précédemment examinée : il y a là une nouvelle possibilité de conférer gratuitement des avantages avec le patrimoine d'autrui.

(209) Il serait d'autant plus curieux de se demander si cet avantage gratuit constitue une donation rapportable que le rapport des dons, en l'espèce, rejoindrait l'archaïque *collatio emancipati* du Droit romain. On peut même remarquer que, sous Justinien, après la constitution de 529 (C., 6. 61. 6), l'objet de la *collatio emancipati* se réduit : 1^o aux donations directement consenties par le *paterfamilias* à l'émancipé; 2^o à l'usufruit des biens adventices ou, du moins, aux économies que le père aurait pu réaliser sur cet usufruit. La *collatio ususfructus* est attestée

transfert est produit par un mécanisme essentiellement légal sous l'impulsion de manifestations de volonté des parties; mais ces manifestations de volonté, qui se nouent dans l'acte de mariage, ne sont pas directement relatives à l'effet de droit ainsi obtenu.

Nous en arrivons maintenant aux hypothèses les plus familières : celles où le transfert de valeurs patrimoniales est déclenché par des manifestations de volonté tendant directement et consciemment à ce but. Ici, c'est sur le contenu même de l'acte juridique, sur l'intention des parties, que se modèlent les effets de droit engendrés. S'il y a intention libérale, intention de réaliser un transfert gratuit, c'est un transfert gratuit qui se réalise effectivement. Cela ne signifie point que l'intention libérale, comme le prétend la conception subjective⁽²¹⁰⁾, ait le pouvoir de rendre gratuite une opération objectivement onéreuse; cela veut dire seulement que la loi, conformant ses effets à la volonté des parties, donne naissance à un transfert objectivement gratuit, lorsque les parties ont exprimé une intention telle. C'est l'application pure et simple du rôle de la volonté dans les actes juridiques; et il n'y a vraiment pas de quoi édifier là-dessus une mystique de l'*animus donandi*. Ces transferts gratuits intentionnels se distinguent entre eux, d'ailleurs, suivant qu'ils ont à leur origine des manifestations de volonté

par des textes byzantins (*Basiliques*, 41. 7. 36; 41. 7. 19, 1, avec la scolie de Théodore; 41. 7. 27, 2, scolie de Thallélée; 41. 7. 37, 2, scolie; Harmenopul, 5. 8. 25). Tout porte à croire qu'elle existait déjà sous Justinien (*contra* Cuj, *Institutiones juridiques des Romains*, 2^e éd., p. 755) et qu'elle s'est maintenue après lui, malgré l'abolition des *bonorum possessiones* (*contra* Girard, *Manuel de Droit romain*, p. 952), en se fondant en quelque sorte dans la *collatio descenduntium* ou rapport des dons, fusion qui a pu être facilitée singulièrement par ce fait que, dans la portion orientale de l'empire, l'émancipation avait pris, depuis longtemps, une allure de libéralité (comp. sur ce caractère de l'émancipation orientale et sur l'usage du *titulus liberalitatis*, Collinet, *Etudes historiques sur le Droit de Justinien*, I, p. 86 et suiv., *passim*).

(210) Jossierand, *Les mobiles*, n^o 262.

unilatérales (comme les testaments) ou plurilatérales. Les actes plurilatéraux eux-mêmes appellent une discrimination : ce sont toujours des contrats, mais tantôt ils ont pour objet des prestations gratuites de services, d'usage, de crédit, et ce sont les contrats de bienfaisance ; tantôt ils portent sur des transferts gratuits de droits réels, sur des donations, plus largement, et ce sont les contrats de donation. On voit que la notion de donation implique des éléments constitutifs spécialisés à l'extrême : loin d'absorber tout le titre gratuit, elle n'est qu'un canton minuscule dans l'immensité de ce titre. Si elle a accaparé l'attention, c'est qu'elle est, avec le legs, la seule catégorie de transfert gratuit qui ait reçu de la loi une organisation parfaitement définie : « L'important, a dit un auteur, n'est pas de savoir si un acte est gratuit, mais de savoir s'il est soumis à un régime d'acte à titre gratuit. » (214). D'un pareil point de vue, il semblerait que notre conception fût bien vaine : à quoi bon reconnaître le titre gratuit d'une manière aussi large, partout où se produit un déplacement de valeurs sans équivalent, si cette reconnaissance générale est, dans la plupart des cas — s'agissant d'institutions déjà réglementées en détail par le législateur — impuissante à entraîner l'application d'un droit commun de la gratuité ? Il y a, pourtant, croyons-nous, intérêt à faire apparaître le titre gratuit partout où il existe. D'abord, nous avons, en droit positif, touchant le régime de la gratuité, un texte qui dépasse en portée la sphère des donations, voire des contrats de bienfaisance : c'est l'article 446 du Code de commerce ; cette disposition nous paraît saisir, dans la généralité de ses termes, sous réserve des opérations portant sur des droits exclusivement attachés à la personne, tous les transferts gratuits déclenchés par un acte juridique du failli, abstraction

(214) Champeaux, *op. cit.*, p. 430.

faite de l'intention qui a pu présider à cet acte; et telle est bien l'interprétation jurisprudentielle ⁽²¹²⁾. Mais, même en dehors de là, notre conception offre encore un intérêt pratique, quoique purement négatif. En montrant que la donation n'est qu'un compartiment très particulariste dans le champ du titre gratuit, elle conduit à décider que la législation édictée pour ce compartiment ne saurait être appliquée ailleurs. Il ne faut pas s'imaginer la réglementation des donations comme une sorte de droit commun des transferts à titre gratuit. C'est seulement en versant dans des fictions de donation tacite que l'on pourrait étendre à l'ensemble du titre gratuit des règles comme celles du rapport et de la réduction, qui n'ont visiblement été écrites que pour les donations et pour les legs. Ainsi, nous ne considérerons point comme rapportable et réductible l'avantage patrimonial éventuellement procuré à un enfant par l'émancipation ⁽²¹³⁾ : il y a, certes, transfert gratuit, dérivant d'un mécanisme légal sous l'impulsion d'un acte juridique; il n'y a pas donation, au sens technique du mot. Pour la même raison, nous ne considérerons pas non plus comme rapportable et réductible l'avantage résultant d'une renonciation à un droit. C'est bien en ce sens que se prononce la jurisprudence pour les renonciations pures et simples; mais elle traite comme de véritables libéralités les renonciations faites *in favorem*. En réalité, cette distinction confirme notre point de vue : au premier cas, le transfert gratuit est le résultat non intentionnel d'un mécanisme légal; au second cas, le contenu même de l'acte de renonciation trahit un accord de volontés tendant à réaliser le transfert gratuit, c'est-à-dire un véritable contrat de donation ⁽²¹⁴⁾. Ce qui a

(212) V. plus haut, p. 737, note 194, les arrêts cités.

(213) Comp. Duranton, III, n° 395.

(214) Comp. Coin-Delisle, *Commentaire du titre des donations et des testaments*, sur l'article 894, nos 8 à 14.

compliqué inutilement le problème, c'est l'obsession de la théorie des donations indirectes et des donations déguisées. Dans cette théorie, la conception subjective fait intervenir à faux la notion d'intention libérale : elle représente l'*animus donandi* comme un ferment, susceptible de faire surgir partout la gratuité au travers d'une enveloppe onéreuse. Or, cela n'est pas exact : une opération quelconque, pour pouvoir dissimuler (*lato sensu*) une donation, doit nécessairement comporter, par elle-même, un déplacement gratuit de valeurs patrimoniales. Les parties, en effet, ne pourraient pas obtenir qu'un transfert gratuit eût l'apparence d'un transfert onéreux : la nature onéreuse ou gratuite du transfert repose sur des éléments physiques qui leur échappent. Tout ce qu'elles peuvent, c'est dissimuler un contrat visant à réaliser un transfert gratuit derrière un contrat ne visant pas à ce but. La simulation porte uniquement sur l'acte-déclic, nullement sur le transfert de valeurs. Que l'opération soit sincère ou dissimule une donation, en toute hypothèse, il y a transfert gratuit, mais il n'y a donation que si le transfert gratuit est déclenché intentionnellement. C'est donc l'intention des parties qu'il sied d'interroger. Ne peut-on pas dire, alors : pas de donation sans intention libérale ? Certes, mais à condition d'entendre la phrase ainsi : pas de contrat sans consentement. Tout cela, en somme, n'est que l'application de ce principe universel de notre Droit, suivant lequel, sous réserve de l'article 1321, c'est ce que les parties ont voulu en réalité, non en apparence, qui doit recevoir efficacité : « *Plus valere quod agitur quam quod simulate concipitur.* » Le principe est incontestable, et l'on n'aperçoit pas ce que la redondance de l'intention libérale pourrait y ajouter.

Tels sont les linéaments de la distinction générale du titre gratuit et du titre onéreux. C'est dans ces linéaments

que doit venir s'insérer la nature juridique du régime matrimonial. Mais l'esquisse qui précède n'a pas eu seulement pour objet de fournir un cadre aux développements ultérieurs; d'ores et déjà, en ce qui concerne l'essence des avantages matrimoniaux, elle permet de toucher du doigt certaines vérités.

1° Sous deux régimes au moins, la communauté légale et la séparation de biens judiciaire, on peut affirmer *a priori* que les avantages matrimoniaux ne sauraient, à raison même de leur mécanisme générateur, constituer des donations au sens technique du terme. En admettant que ces deux régimes soient susceptibles de provoquer des déplacements de valeurs économiques entre les patrimoines des époux, il faut constater que ces déplacements de valeurs ont à leur origine soit un acte juridique des parties, l'acte de mariage, ne tendant pas directement et consciemment à l'effet de droit réalisé — soit un acte juridique très particulier, le jugement de séparation, qui n'émane même pas de la volonté des intéressés. Qu'il y ait transfert à titre gratuit ou à titre onéreux, il n'y a donc jamais, sous ces deux régimes, transfert intentionnel. Quand il serait prouvé que les avantages matrimoniaux impliquent un déplacement gratuit de valeurs, ce déplacement gratuit ne constituerait pas, en l'espèce, un contrat de donation.

2° Réduite à son exacte portée, qui est celle du consentement dans les contrats, la notion d'intention libérale se révèle comme inapte à tenir, en matière d'avantages matrimoniaux, le rôle déterminant qu'une fraction de la doctrine prétend lui attribuer. Si l'avantage matrimonial s'analyse, objectivement, dans un transfert gratuit, dans un déplacement de valeurs patrimoniales sans équivalent, l'intention libérale, exprimée par les époux dans le contrat de mariage, atteste que ce transfert gratuit est l'effet d'un contrat de donation. Mais si l'avantage matrimonial

a, objectivement, le caractère d'un transfert onéreux, il garde ce caractère en dépit de l'intention libérale que les parties ont pu manifester : l'intention libérale s'ajoute alors au transfert onéreux comme un épiphénomène illusoire, comme un parasite impuissant à en altérer, en quoi que ce soit, l'onérosité. En toute hypothèse, ce n'est que par une pesée économique des patrimoines que l'on peut arriver à déterminer la nature juridique des avantages matrimoniaux; la considération de la psychologie des futurs conjoints est, *a priori*, secondaire, sinon inutile.

II. — La notion de société en face de la distinction du titre gratuit et du titre onéreux.

Il résulte, selon nous, de la nature propre des sociétés personnifiées que les déplacements de valeurs économiques engendrés par leur fonctionnement constituent, tous et nécessairement, des transferts à titre onéreux. Cette proposition, dont les répercussions possibles sur la matière des avantages matrimoniaux se devinent aisément, a besoin d'être justifiée.

A. — LA NATURE ONEREUSE DE LA SOCIÉTÉ DANS LES CONCEPTIONS COURANTES

Cette proposition a d'autant plus besoin d'être justifiée qu'elle va certainement à l'encontre des conceptions courantes. Que la société ait, dans son ensemble, une nature onéreuse, que — sur le plan contractuel — le contrat de société soit, en principe, un contrat à titre onéreux, personne n'en doute (215). Mais le principe, à en croire la plupart des auteurs, n'aurait rien d'absolu. « Il se peut, déclare Paul Pont, que par la volonté des parties et dans la réalité le contrat serve, pour ainsi dire, d'instrument à

(215) Pont, *Sociétés*, I, n° 9; Guillaud, *Société*, n° 9; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Société*, n° 6; *Pandectes françaises*, v° *Société*, n° 332; Houpin et Bosvieux, I, n° 49.

une libéralité : l'article 834, au titre des successions, le laisse entrevoir, et l'article 1840, dans notre titre même, le suppose; seulement, l'acte, dans ce cas, n'a de la société que le nom, et il convient alors de dire avec Ulpien : « *Donationis causa societas recte non contrahitur.* » (L. 5, § 2, ff. *Pro socio*). Néanmoins, le contrat peut être mêlé de donation sans perdre le caractère de contrat à titre onéreux qui lui est propre : c'est ce qui arrive lorsque en vertu des stipulations qui règlent la distribution des bénéfices, l'un des associés se trouve avantagé, par exemple, en ce qu'ayant fait un apport moindre que celui de son coassocié, il est admis cependant à partager par égales portions. Mais le contrat n'est pas absolument *désintéressé* même de la part de celui des associés qui fait un avantage à l'autre; et bien que l'idée de donation ou de libéralité s'y mêle dans une certaine mesure, il n'en reste pas moins un contrat à titre onéreux dans son principe. » (216). L'exposé de Guillouard, pour n'être qu'une paraphrase de celui de Pont, achève d'éclaircir la position de la doctrine : « La société, écrit Guillouard, est un contrat à titre onéreux, qui assujettit chacun des associés à donner ou à faire quelque chose : c'est ce qui résulte de l'article 1833, *in fine*, aux termes duquel « *chaque associé doit y apporter ou de l'argent, ou d'autres biens, ou son industrie* ». Pothier, qui pose le même principe, y apporte une première restriction, qui doit encore y être apportée dans le Droit nouveau : « Si le contrat n'était fait uniquement que pour gratifier l'une des parties contractantes qui n'aurait rien apporté, ce ne serait pas un contrat de société... Mais quoiqu'on ait gratifié en quelque chose par le contrat l'une des parties, le contrat ne laisse pas d'être un vrai contrat de société, et d'être valable, pourvu que l'associé, à qui je fais l'avantage, ne soit

(216) Pont, *loc. cit.*

pas une personne à qui les lois me défendent de donner; de même qu'un contrat de vente, qui ne serait pas un contrat de vente s'il n'y avait aucun prix sérieux, ne laisse pas d'être un vrai contrat de vente, quoique le vendeur, pour gratifier l'acheteur, ait vendu pour un prix au-dessous du juste prix, pourvu que cet acheteur ne soit pas une personne à qui il ne fût pas permis de donner... » (Pothier, *Société*, n° 17). Mais il faut aller plus loin que n'allait Pothier, et l'on doit décider, par application d'une jurisprudence désormais fixée sur les contrats à titre onéreux renfermant une libéralité déguisée, que le contrat de société serait valable non pas comme société, mais comme donation, si l'apport de l'un des associés était absolument fictif, et que le contrat n'eût d'autre but que de constituer un avantage purement gratuit à l'un des associés. C'est ainsi que nous avons décidé, dans notre *Traité de la vente*, que le contrat, nul comme vente, parce que le prix est simulé, valait comme donation, même si l'acte qui renferme la convention n'est pas un acte authentique; et la solution doit être la même pour le contrat de société n'ayant d'autre but que de masquer une libéralité, du moment où le donateur et le donataire sont capables, l'un de donner, l'autre de recevoir. Ajoutons qu'il y a des sociétés dans lesquelles ce caractère à titre onéreux que nous venons de reconnaître est supprimé, le législateur présumant, par une présomption *juris et de jure*, qu'elles contiennent des actes à titre gratuit : ce sont les sociétés universelles, lorsqu'elles sont établies entre personnes incapables de s'avantager réciproquement. C'est pour ce motif qu'elles sont prohibées par l'article 1840. » (217).

La théorie successivement élaborée par Pothier, Pont et Guillouard, peut faire figure de théorie classique. Elle

(217) Guillouard, *loc. cit.*

est courante aujourd'hui; et on la trouve non seulement chez des partisans des méthodes d'exégèse⁽²¹⁸⁾, mais encore chez des représentants de l'Ecole scientifique⁽²¹⁹⁾. Nous la jugeons mal fondée; cependant, pour la critiquer, il faut d'abord, que nous lui donnions un peu de cette systématisation dont visiblement elle manque : les auteurs, en effet, mêlent, dans leurs développements, deux hypothèses rationnellement très différentes.

1° La première hypothèse — et il sied de l'écarter résolument du débat — est celle où il est convenu que l'un des prétendus associés ne fera aucune espèce d'apport, soit matériel, soit immatériel, ou bien, à l'inverse, ne recevra, pour aucune part, aucune sorte de bénéfices. Une telle convention a certes pour résultat de déplacer gratuitement des valeurs patrimoniales. Si les parties sont d'accord pour réaliser ce transfert gratuit, il y a donation. Cela est incontestable; mais qu'est-ce à dire? *C'est qu'il n'y a pas société*. La société requiert, à titre d'éléments constitutifs, un apport de chaque associé et la participation de tous les associés aux bénéfices. En l'absence de l'un de ces éléments, il n'y a plus société; et c'est justement parce qu'il n'y a plus société qu'il peut y avoir donation⁽²²⁰⁾. M. Josserand n'exprime pas autre chose quand il affirme que « le titre onéreux possède ici une valeur d'ordre public »⁽²²¹⁾. L'efficacité de pareille donation quant à la forme est, d'ailleurs, susceptible de soulever des difficultés⁽²²²⁾. On les résout ordinairement par une

(218) V. par ex. Lyon-Caen et Renault, II, nos 14 et 80; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Société*, nos 268 et 270.

(219) V. par ex. Demogue, *Obligations*, II, n° 916-II.

(220) V. en ce sens, Cass. civ., 11 avril 1927, D., 29. 1. 25 note de M. Pic et, sur renvoi, Orléans, 18 juill. 1928, D., 29. 2. 65, note de M. Pic.

(221) Josserand, *Les mobiles*, n° 286.

(222) Sa validité quant au fond a été également discutée : puisque la libéralité porte sur les profits futurs qui résulteront des opérations pseudo-sociales, n'y a-t-il pas donation de biens à venir, nulle en dehors d'un

distinction ⁽²²³⁾ : si les articles 1833, al. 2, et 1855 sont violés ouvertement, si, notamment, l'un des associés ne fait aucun apport, même fictif, l'acte ne vaut, comme donation, qu'autant qu'il satisfait aux prescriptions des articles 931 et suivants; si, au contraire, les apparences sont sauvegardées, si, par exemple, un apport fictif est constaté, l'acte vaut comme libéralité, quelle qu'en soit la forme, en vertu de la théorie des donations déguisées ⁽²²⁴⁾. Mais, de notre point de vue, la distinction importe peu. Qu'il y ait ou non une apparence de société, ce qui est sûr, c'est que, dans la réalité, la société n'existe pas. Dès lors, le transfert gratuit n'est que le résultat d'un contrat de donation réellement voulu par les par-

contrat de mariage ou entre d'autres personnes que les époux? Pothier l'a cru (*Société*, nos 8 et 26); mais son erreur a été réfutée (Laurent, XXVI, n° 141).

(223) Comp. *Pandectes françaises*, v° *Société*, nos 334-336, 369, 383, 386.

(224) Mais il ne faut pas confondre l'apport fictif avec l'apport dont l'associé apporteur n'est devenu propriétaire qu'au moyen d'une libéralité déguisée de son coassocié, même si la libéralité est précisément déguisée sous la forme d'une reconnaissance d'apport. Par exemple, il est énoncé, dans l'acte de société, que l'un des associés apporte une certaine somme d'argent, alors que cet associé est, en réalité, sans ressources propres. Pourvu que la somme soit effectivement versée dans la caisse sociale, on peut et on doit entendre l'opération comme s'il y avait, d'abord, donation consentie audit associé par son cocontractant, puis apport en société des valeurs ainsi reçues à titre gratuit. Cela a été jugé par la Cour de cassation (Civ., 5 janv. 1886, S., 86. 1. 241, note de M. Labbé). L'hypothèse, comme on le voit, est très différente de celle où l'on a coutume de parler d'apport fictif : la libéralité porte sur le capital même de l'apport et non sur une part de bénéfices. C'est pourquoi la société est valable et coexiste valablement avec une donation déguisée. Mais notre point de vue n'est, par là, nullement contredit : la donation n'est point déguisée sous le mécanisme social; elle est antérieure et extérieure au fonctionnement de la société; elle emprunte seulement la forme d'une énonciation de l'acte constitutif. L'hypothèse méritait d'autant plus d'être signalée que la pratique connaît des combinaisons tout à fait semblables en matière de conventions matrimoniales. En pareil cas, il n'est pas douteux que le contrat de mariage déguise une donation — le contrat de mariage, non le régime matrimonial : il y a donation déguisée, il n'y a pas avantage matrimonial, bénéfice découlant du fonctionnement de la société conjugale.

ties; il ne dérive pas, et ne peut pas dériver, du fonctionnement d'une société dépourvue d'existence.

2° La seconde hypothèse — la seule qui soit litigieuse, à vrai dire — est celle où tous les éléments constitutifs de la société sont réunis, où il y a bien réellement société, mais où une disproportion est établie entre l'apport de chaque associé, sa participation aux bénéfices et sa participation aux pertes. De multiples combinaisons, à cet égard, sont possibles, qui ont pour effet — soutient-on dans la conception courante — d'enrichir l'un des associés en appauvrissant l'autre, donc de produire un transfert gratuit de valeurs et partant, s'il y a intention libérale, une donation. Voici l'exemple typique, l'exemple suggestif pour nous qui songeons à la communauté conjugale : les associés font des apports inégaux et stipulent un partage égal des bénéfices et même du capital social ⁽²²⁵⁾. L'avantage gratuit, disent les auteurs, est ici évident, puisque l'associé qui apporte le plus transfère à l'autre, sans équivalent, une portion des profits engendrés par son apport et même une portion du capital apporté. Le contrat n'en demeure pas moins, dans son essence, une société, un contrat à titre onéreux, mais il contient une donation accessoire, soumise à toutes les conditions de fond des donations. *On voit à quelles conclusions aboutit ainsi la doctrine classique : une libéralité serait suscep-*

(225) On sait que, d'après l'opinion dominante (Lyon-Caen et Renault, II, n° 422; Thaller, *Traité élémentaire*, n° 470; Vavasseur, 7^e éd., I, n° 538), à défaut d'une clause spéciale des statuts, le capital social, au sens propre du mot (c'est-à-dire l'excédent de l'actif social sur les bénéfices non distribués), devrait se partager non pas selon le mode de répartition fixé pour les bénéfices, mais en proportion de l'apport de chacun, ce qui exclurait toute possibilité d'un enrichissement particulier sur les apports. Quelques auteurs, au contraire, considérant que les apports sont acquis à la société, admettent que la proportion prévue par les associés pour le partage des bénéfices est, de plein droit, applicable au partage de tout l'actif social (Pont, *Sociétés*, I, n° 460; Guillouard, *Société*, nos 220-221).

tible de venir jouer au travers du mécanisme de la société; le seul fonctionnement de la société pourrait produire, entre les associés, des déplacements gratuits de valeurs patrimoniales, et l'intention libérale, intervenant, pourrait faire de ces déplacements de valeurs de véritables donations. Ce sont là, précisément, autant de propositions que nous contestons d'une manière formelle. On prétend, il est vrai, que les articles 1840 et 854 étayaient ces propositions, en ce qu'ils attestent la possibilité d'une société mêlée de donation. Telle est bien l'impression, à la première lecture de ces textes. Mais les règles légales ne valent pas que par leurs textes, elles valent aussi par la façon dont elles sont interprétées : or, en vérité, rien n'est plus instructif, pour nous, que les mouvements d'idées auxquels a donné lieu l'interprétation des articles 1840 et 854.

B. — LES VICISSITUDES DES ARTICLES 1840 ET 854, DANS L'INTERPRÉTATION DOCTRINALE ET JURISPRUDENTIELLE, TRAHISSENT UNE INCOMPATIBILITÉ FONDAMENTALE ENTRE LA NOTION DE SOCIÉTÉ ET LE TITRE GRATUIT

L'article 1840 est ainsi conçu : « Nulle société universelle ne peut avoir lieu qu'entre personnes respectivement capables de se donner ou de recevoir l'une de l'autre, et auxquelles il n'est point défendu de s'avantager au préjudice d'autres personnes. » Les Exégètes ont bataillé avec passion autour de cet article — peut-être avec d'autant plus de passion qu'il s'agissait d'un texte mort ou à peu près. Leur point de ralliement, c'est que, en vertu d'une présomption irréfragable de la loi, les sociétés universelles de toute catégorie constituent, au moins entre certaines personnes, des donations⁽²²⁶⁾. Puisque la capacité requise pour participer à une société universelle est la

(226) Troplong, *Société*, I, n° 302; Pont, *Sociétés*, I, n° 214; Guillouard, *Société*, n° 36; Lyon-Caen et Renault, II, n° 78.

capacité nécessaire pour faire et pour recevoir une donation, c'est, concluent-ils, que la société universelle est elle-même une donation. Le raisonnement paraît simple, mais des difficultés insurmontables s'accumulent dès qu'on cherche à le préciser. D'abord, quel champ d'application faut-il reconnaître à la présomption? Se restreint-elle à l'hypothèse où les associés sont incapables de se gratifier mutuellement, ou englobe-t-elle les sociétés universelles entre toutes personnes? La doctrine est divisée et confuse ⁽²²⁷⁾. Quelque parti que l'on prenne, on tombe dans d'extraordinaires déductions. La première solution, outre qu'elle ne développe pas jusqu'au bout le raisonnement édifié sur le texte de l'article 1840, conduit à ce résultat qu'un même contrat, ayant les mêmes éléments constitutifs, se présenterait tantôt comme une société, tantôt comme une donation, selon la personnalité des contractants : c'est le renversement du principe d'identité, le triomphe des fictions les plus arbitraires. Si la seconde solution est, en apparence, plus logique, ses conséquences sont aussi peu acceptables. Car la portée de la présomption doit être bien comprise : d'après les Exégètes, la société universelle serait traitée par la loi comme une donation sans qu'il y eût à considérer si les associés ont eu ou non une intention libérale ⁽²²⁸⁾, sans même qu'il y eût à vérifier la gratuité des transferts réalisés ⁽²²⁹⁾. Ce

(227) Pour la première solution, Pont, I, n° 217; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Société*, n° 133; pour la seconde, Guillouard, *op. cit.*, n° 36 (qui se contredit, du reste, n° 38). Il faut ajouter que nombre d'auteurs adhèrent implicitement — peut-être inconsciemment — à la seconde solution, en ce qu'ils admettent : 1° que, l'article 1840 dérogeant à l'article 854, il y a toujours lieu à rapport (donc qu'il y a toujours donation) au cas de société universelle (Toullier, IV, n° 477; Duvergier, *Société*, I, nos 318 et 319; Demolombe, XVI, n° 374); 2° que les sociétés universelles sont réductibles pour atteinte à la réserve (V. plus bas) et révocables pour survenance d'enfant (Pont, I, n° 221, qui par conséquent se contredit; Guillouard, n° 38; Lyon-Caen et Renault, II, n° 78).

(228) Guillouard, n° 36.

(229) Troplong, *Société*, I, n° 303. — Cela résulte, d'ailleurs, de l'irréfragabilité de la présomption.

serait donc là quelque chose de tout à fait différent de la donation déguisée. La société universelle constituerait une donation sans cesser, pour autant, d'être réellement et sérieusement une société. Entre personnes capables de se consentir des libéralités, elle fonctionnerait valablement en tant que société, tout en restant une donation, une donation qui se renouvellerait chaque jour d'une manière continue, une donation où il serait impossible, *a priori*, de distinguer le donateur du donataire. Il n'y aurait pas une société fictive dissimulant une donation; il y aurait, si l'on ose dire, une société-donation, soumise cumulativement aux règles de fond des deux institutions juridiques. On se demande ce que serait la vie d'une société sous un pareil régime; et l'on ne s'explique que trop bien pourquoi les auteurs laissent complètement de côté cette idée de donation, quand ils s'avisent de décrire en détail le fonctionnement des sociétés universelles. La défiance s'accroît encore à l'égard de la doctrine classique, si l'on examine la vive controverse suscitée par le dernier membre de phrase de l'article 1840. Cette disposition a certainement pour but la protection des héritiers réservataires; mais quelle en est la sanction? Si la société universelle est une donation, il faut logiquement, en présence de réservataires, la réduire à la quotité disponible. Telle est bien l'opinion la plus répandue ⁽²³⁰⁾. Mais elle se heurte au texte de l'article 1840, à sa construction grammaticale: « *Nulle* société universelle ne peut avoir lieu qu'entre personnes auxquelles il n'est point défendu de s'avantager au préjudice d'autres personnes. » La sanction est donc la nullité de la société tout entière. Semblable argument ne

(230) En ce sens : Duranton, XVII, n° 384; Troplong, *Société*, I, nos 306 et suiv.; Pont, I, nos 222-224. Guillouard, n° 39; Massé, note S., 1839. I. 546; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Société*, n° 129; Lyon-Caen et Renault, II, n° 79; Vavasseur (7^e éd.), I, n° 428.

pouvait manquer d'entraîner un Exégète comme Laurent⁽²³¹⁾. Seulement, si l'on écarte la simple réductibilité, il ne faut plus parler de donation, ni de donation présumée, ni de donation déguisée; et c'est la maîtresse poutre du système classique qui s'effondre. Ainsi, de toutes parts, le plus grand trouble règne dans l'interprétation doctrinale de l'article 1840; et, s'agissant d'une institution pratiquement éteinte, on ne peut compter sur la jurisprudence pour mettre fin à ce trouble⁽²³²⁾.

En réalité, ce qui a faussé toute l'interprétation de la loi, c'est cette malencontreuse idée de donation, pure création des interprètes. L'article 1840 ne dit aucunement que les sociétés universelles soient des donations, ou soient présumées des donations. Vainement invoquerait-on l'intention du législateur, révélée par les travaux préparatoires⁽²³³⁾ : une loi doit s'interpréter par son texte littéral et par son but social. Or, considéré dans sa lettre comme dans son but, l'article 1840 se borne visiblement à édicter une prohibition spéciale de s'associer. De même que les tribunaux, par exemple, ont prohibé toute société entre officiers ministériels, la loi, dans l'article 1840,

(231) Laurent, XXVI, n° 242; et, avant lui : Delvincourt, III, p. 120 et note 2; Duvergier, *Société*, n° 119; Zachariæ, IV, § 715, note 15. — Du point de vue historique, mais du point de vue historique seulement — l'argument de texte pourrait être affaibli si l'on admettait, avec M. Ferron (étude précitée sur les donations déguisées ou par personnes interposées), que, dans la terminologie de l'ancien Droit, le mot « nul » était pris, à l'occasion, comme synonyme de « réductible ».

(232) Deux arrêts, rendus dans une même affaire (Bourges, 30 mars 1835, et Req., 25 juin 1839, S., 39. 1. 546, avec une dissertation de Massé), ont eu à juger du sort d'une société universelle en présence d'héritiers réservataires; mais ils se sont prononcés en termes tellement lâches qu'ils ont pu être invoqués, à égal titre, par le système de la nullité et par celui de la réductibilité. Des décisions postérieures ont paru pencher pour la nullité; toutefois, on doit observer qu'elles concernaient des sociétés entre époux, où la nullité pouvait s'expliquer autrement (arrêt Pomier précité, Req., 7 févr. 1860, D., 60. 1. 115; Nîmes, 18 déc. 1886, D., 92. 1. 117, en note).

(233) Ainsi, par les déclarations de Treilhard dans l'Exposé des motifs (Fenet, XIV, p. 396).

a prohibé les sociétés universelles entre certaines personnes. Il y a donc bien nullité, et non pas seulement réductibilité, en présence d'héritiers réservataires. On a cru ridiculiser cette opinion en arguant qu'elle ne permettrait les sociétés universelles qu'aux célibataires et aux veufs sans enfants, et encore à condition que leurs père et mère fussent décédés. Pareille considération, bien au contraire, achèverait de nous décider, s'il en était besoin : ce sont là justement les seules catégories d'individus qui aient un intérêt légitime à former des sociétés universelles. Ce qui est dangereux dans la société universelle, c'est que chaque associé y aliène, sinon la totalité, du moins une fraction considérable de son patrimoine, de ce patrimoine qui est, en principe, inaliénable, comme la personnalité dont il est l'émanation. C'est ce renoncement qui est en soi suspect, parce qu'il implique une absorption, une fusion des personnalités des associés — absorption liberticide, contraire à l'état de nos mœurs et à notre individualisme fondamental : la compénétration des patrimoines postule la cohabitation. On conçoit aisément que la loi surveille ces intimités anormales ; qu'elle les interdise entre ceux qui ont autour d'eux de proches parents, ou qui sont obligés par un devoir de morale ou de convenance, à rester mutuellement sur une distante réserve. L'idée de donation n'a aucune part dans un tel résultat. Allons plus loin : *si l'article 1840 est explicable, c'est uniquement parce que la société universelle n'est pas une donation et ne peut pas déguiser une donation.* Avec l'interprétation classique, cet article serait superflu : le législateur serait arrivé aux mêmes conséquences en laissant les sociétés universelles sous l'empire du droit commun des donations déguisées. La seule existence de l'article 1840 suffit à attester que ce droit commun n'est pas ici applicable. Duvergier avait fait déjà une remarque en ce sens : « Il y aurait, disait-il, de graves difficultés

dans l'application du système qui se bornerait à réduire à la quotité disponible les avantages excessifs que pourraient présenter les sociétés universelles. Il faudrait apprécier arbitrairement le résultat des clauses qu'elles contiendraient, compenser le bénéfice que présenterait l'une avec la charge qu'imposerait l'autre. Ce serait livrer au pouvoir discrétionnaire des juges les sorts des conventions; ce serait folie de former des rapports si peu stables. Sous le régime d'une pareille tolérance, on ne verrait pas une société universelle contractée de bonne foi entre personnes ayant des héritiers à réserve; dès lors il valait mieux les prohiber absolument. » ⁽²³⁴⁾. Duranton et Massé ont, il est vrai, répondu que les difficultés n'étaient pas invincibles, puisque la loi elle-même, dans l'article 1527, prévoyait l'exercice de l'action en retranchement contre les avantages résultant de la communauté conjugale, société universelle ⁽²³⁵⁾. Le rapprochement est à retenir; mais l'objection est inopérante. D'abord, si l'appréciation des avantages matrimoniaux, au cas de secondes noces, n'est pas une tâche impraticable, cela tient à ce qu'elle n'est que partielle, à ce qu'elle laisse de côté, en vertu même de l'article 1527, les éléments le plus difficilement saisissables : savoir, « les simples bénéfices résultant des travaux communs et des économies faites sur les revenus respectifs, quoique inégaux, des deux époux »; en l'absence d'une restriction analogue, la détermination des avantages réductibles, dans la société universelle ordinaire, se heurterait, comme le note Duvergier, à de graves difficultés, disons plus : à une véritable impossibilité de fait. Après l'inexactitude pratique, la faiblesse théorique de l'objection : on prétend que l'action en réduction est possible contre la société universelle, parce que l'action

⁽²³⁴⁾ Duvergier, *Société*, n° 119. — Comp. Valloir, *Essai sur la notion d'acte à titre gratuit*, thèse Rennes, 1919, p. 131-132.

⁽²³⁵⁾ Duranton, XVII, n° 381; Massé, note S., 1839. 1. 546.

en retranchement est possible contre la communauté conjugale. Or, toute la question est précisément de savoir si l'action en retranchement est une action en réduction, si elle suppose bien une nature de libéralité dans les avantages matrimoniaux. Nous verrons que rien n'est plus contestable. Il existe, certes, un lien entre l'article 1840 et l'article 1527, comme entre une règle générale et son adaptation à une hypothèse particulière, mais ce lien reste exclusivement sur le terrain des sociétés, il ne passe pas par la notion de donation. Au point de vue scientifique, force est bien de constater que la vie s'est retirée de l'article 1840; sur le plan de la pure technique juridique, au contraire, on doit reconnaître qu'il est toujours debout, comme un « témoin » législatif du régime de droit commun auquel aurait obéi la communauté conjugale, en tant que société universelle, à dégauf d'une réglementation spéciale des avantages matrimoniaux : en face d'héritiers réservataires, la communauté aurait été annulable tout entière comme société, non pas réductible comme donation. *L'article 1840 atteste donc — et c'est pourquoi nous y avons si longuement insisté — la possibilité de protéger les familles des associés par un procédé technique qui laisse intacte la nature onéreuse de la société. Loin de marquer, ainsi que se l'imagine la doctrine classique, une intrusion de la donation sous le couvert de la société, il trahit, d'après nous, l'incompatibilité foncière par laquelle le mécanisme social repousse le titre gratuit.*

Si l'article 1840 ne donne guère de tracas aux praticiens, l'article 854, en revanche, est, au Palais, en grand honneur. Après avoir, dans l'article 853, dispensé de rapport « les profits que l'héritier a pu retirer de conventions passées avec le défunt, si ces conventions ne présentaient aucun avantage indirect, lorsqu'elles ont été faites », le Code civil ajoute, dans l'article 854 : « Pareillement, il n'est pas dû de rapport pour les associations faites sans

fraude entre le défunt et l'un de ses héritiers, lorsque les conditions en ont été réglées par un acte authentique. » L'interprétation la plus accréditée de ce texte semble être, en doctrine, la suivante :

— Ou les statuts de la société ont été rédigés par acte authentique, et le rapport est écarté pour tous les bénéfices réalisés « sans fraude », c'est-à-dire (d'après l'explication courante) ⁽²³⁶⁾ pour tous les bénéfices qui ne constituent pas des avantages indirects, des donations accessoires;

— Ou il n'y a pas d'acte authentique, et le rapport est dû pour tous les bénéfices sociaux, sans que l'on ait à « se préoccuper de leur nature et de leur origine réelles, non plus que des intentions du défunt. Au point de vue du rapport, l'acte de société est traité comme non avenu, et tous les bénéfices recueillis sont présumés objet de donation, sans preuve contraire possible » ⁽²³⁷⁾.

Le texte, ainsi interprété, prouverait, par conséquent, deux choses : 1° que, quelle que soit la forme de l'acte constitutif, une donation peut toujours être incluse dans le mécanisme de la société, que les bénéfices sociaux sont en soi susceptibles de présenter une nature gratuite; 2° que, lorsque la condition d'authenticité n'est pas remplie, un bénéfice social d'une nature intrinsèquement onéreuse peut être traité en tout comme une libéralité. Ce

(236) En ce sens : Aubry et Rau, X, §. 631, note 29; Demolombe, XVI, n° 367; Guillaouard, *Société*, n° 40; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Successions*, III, n° 2273; Colin et Capitant, *op. cit.*, III, p. 550. C'est surtout historiquement que l'on a prétendu justifier cette traduction : sans fraude = sans avantage indirect, sans intention libérale. Mais tous les auteurs n'ont pas été convaincus. Il en est qui ont entendu le mot « fraude » d'une véritable fraude à la loi, soit de la fraude consistant à violer l'égalité entre cohéritiers (Duranton, VII, n° 339), soit de la fraude aux textes fixant la capacité de disposer et de recevoir et la quotité disponible (Toullier, IV, n° 474, et Marcadé, III, article 853, n° 1).

(237) Planiol et Ripert, *Traité pratique : Successions* (par MM. Maury et Vialleton), n° 594. — On notera, toutefois, que Marcadé (sur l'article 854) admettait la possibilité d'une preuve contraire.

serait bien là la vérification des conceptions dominantes, en tant qu'elles proclament la relativité du titre onéreux en matière de société. Mais il faut voir ce qu'est devenu l'article 854 dans l'interprétation jurisprudentielle.

Le fait brutal et incontesté, c'est que la jurisprudence a pratiquement réduit à néant la portée de l'article 854. D'abord, elle s'est reconnu le droit de rechercher, en toute hypothèse, même en présence d'un acte sous seing privé, si le défunt n'avait pas entendu, tacitement, dispenser son coassocié du rapport. C'est un arrêt de la Cour de Paris, l'arrêt Stolz-Vattepain, du 28 décembre 1854, qui paraît avoir frayé la voie ⁽²³⁸⁾; la Cour de cassation s'y est engagée à son tour, et elle ne s'en est point départie ⁽²³⁹⁾. Par ce système de la dispense tacite, il semble que la jurisprudence embrasse plus que jamais l'idée de société-donation, mais n'est-ce pas pour mieux l'étouffer? Que l'on considère plutôt, tels que les décrit M. Wahl, les résultats de la thèse jurisprudentielle : « De deux choses l'une, déclare M. Wahl, ou il y a eu intention libérale, ou cette intention n'existait pas chez le défunt. Dans le premier cas, en reconnaissant que la dispense de rapport peut être tacite, on ne fait aucune différence, même de pure apparence, entre l'acte sous seing privé et l'acte authentique, puisque, si l'association est constatée par acte authentique, le rapport est dû également et (dès lors que l'avantage résulte d'un acte à titre onéreux) peut également être considéré comme étant tacitement écarté par le défunt. Dans le second cas, le rapport, comme nous l'avons montré, est, si l'acte est authentique, écarté par l'article 854 lui-même conformément aux principes généraux du rapport, parce que l'acte est fait « sans fraude », c'est-à-dire sans intention libérale. La Cour de Paris

(238) Paris, 28 déc. 1854 (S., 55. 2. 344), approuvé par Req., 31 déc. 1855, S., 57. 1. 200

(239) V par ex. Req., 23 juin 1919, D., 20. 1. 159.

écarte également le rapport, non pas suivant les circonstances, mais d'une manière absolue si l'acte est sous seing privé, car la seule condition à laquelle cette Cour subordonne la dispense de rapport est précisément que la collaboration en argent et en travail de l'héritier présomptif ait été nécessaire au défunt; que ce dernier n'ait pas pu (dans l'espèce, c'était à raison de son âge; cela pouvait être également à raison de l'insuffisance de ses capitaux) gérer seul son industrie. En d'autres termes, il y a dispense de rapport par cela seul que l'association a été nécessitée par les intérêts du défunt. Cela revient à dire que, dans tous les cas où il n'y aura pas eu intention libérale de ce dernier, il y a dispense de rapport, car, du moment que le défunt n'a pas voulu faire une donation à son associé, mais purement et simplement contracter une société avec lui, c'est qu'il a agi dans l'intérêt et la prospérité de son commerce. » (240). En vérité, la dispense de rapport, ainsi comprise, ressemble étrangement à l'absence de toute libéralité. Non seulement la jurisprudence paralyse la présomption d'absolue gratuité, la présomption irréfragable, que les auteurs prétendent tirer de l'article 854 pour la société formée sous seing privé; mais elle en prend le contre-pied, en établissant pratiquement, pour l'acte sous seing privé comme pour l'acte authentique, une présomption simple — bien que difficilement renversable — de dispense de rapport. Avec un système pareil, ce n'est, en fait, que dans des cas extrêmes, où l'intention libérale serait vraiment équipollente à la fraude, que le rapport des bénéfices sociaux pourrait être ordonné. Mais les tribunaux ne se sont point arrêtés là, et rien n'est plus caractéristique que de les voir recourir à toutes sortes de faux-fuyants pour ne pas appliquer l'article 854. Dès 1860, une nouvelle formule est émise par la Cour de Paris dans

(240) Wahl, note, S., 1907, 2. 37.

un arrêt Maillard⁽²⁴¹⁾ : à défaut d'acte authentique, lors même que l'on ne peut pas sous-entendre une dispense de rapport, le successible associé doit être autorisé à conserver par devers lui les bénéfices sociaux, dans la mesure où ils représentent une juste indemnité pour son travail, pour l'intérêt de ses capitaux et pour ses risques. La formule se développe par la suite⁽²⁴²⁾, et elle trouve son couronnement, en 1906, dans une décision de la Cour de Douai, rendue à l'occasion d'une affaire Alleyrat⁽²⁴³⁾. Dans cette décision, qui statue à la fois sur deux actes de société, l'un authentique, l'autre sous seing privé, la Cour d'appel de Douai va plus loin que toute la jurisprudence antérieure. Elle admet que, dans les deux hypothèses, l'héritier associé peut retenir sa part de bénéfices non plus seulement à titre d'indemnité — ce qui impliquerait, au fond, un recours à la théorie de l'enrichissement sans cause, simple tempérament d'équité au principe du rapport — mais bien comme une véritable rémunération de ses apports sociaux — ce qui est proprement congédier l'idée de donation. D'après les rédacteurs de l'arrêt Alleyrat, « l'association est de bonne foi et ne donne pas lieu à rapport, lorsque l'héritier est associé aux mêmes conditions que le serait un étranger » ; il leur paraît que, dans ces limites, l'acte de société est exclusif de toute intention libérale, de toute gratuité. Mais en quels cas peut-on dire que l'héritier est associé aux mêmes conditions que le serait un étranger ? Selon quels critères peut-on estimer si sa participation aux bénéfices est normale, eu égard à la valeur de ses apports ? Il faut voir avec quelle latitude la Cour de Douai procède à cette estimation ; ses attendus sont de ceux qu'il serait bon de méditer, avant d'étudier

(241) Paris, 2 août 1860, sous Req., 19 nov. 1861, S., 62. 1. 145.

(242) V. par ex. Req., 17 août 1864, S., 65. 1. 121.

(243) Douai, 21 juin 1906, S., 1907. 2. 37, note de M. Wahl ; D. 1908. 2. 223, note Planiol.

la nature juridique des avantages matrimoniaux. Un associé, remarque l'arrêt Alleyrat, peut recevoir, sans qu'il y ait libéralité, une part de bénéfices supérieure à celle que lui aurait assurée, dans le silence des statuts, la comparaison des capitaux apportés, dès lors qu'il fournit à la société une collaboration particulièrement utile : l'existence d'un apport en travail ou en industrie introduit dans l'appréciation des mises un élément de diversité, qui déjoue les précisions mathématiques. D'autre part, le point de vue des droits réels n'importe pas seul dans la constitution d'une société; il faut aussi tenir compte du point de vue des obligations; on ne saurait, notamment, parler d'un avantage gratuit au profit de l'associé en nom collectif, alors que cet associé assume une obligation personnelle, indéfinie et solidaire, au paiement du passif social. Ainsi, la Cour de Douai ne nie pas la possibilité théorique de dissimuler une donation sous le mécanisme d'une société, mais elle subordonne la réalisation de cette possibilité à un ensemble tellement complexe de circonstances qu'il devient, en fait, extrêmement problématique qu'une semblable société se rencontre jamais.

Bien entendu, les tendances jurisprudentielles ont suscité des protestations en doctrine, surtout chez les Exégètes⁽²⁴⁴⁾. Les tribunaux, a-t-on dit, sont faits pour appliquer la loi; or, ils n'appliquent pas l'article 854. *Mais si cet article est rationnellement inapplicable, du moins inapplicable tel que la doctrine le comprend? mais si la notion de société est en contradiction irréductible avec*

(244) V. ainsi Demolombe, XVI, nos 373, 392, 393; Aubry et Rau, X, § 634, n° 31; Laurent, X, nos 616-618; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Successions*, III, nos 2672 et 2916; Lyon-Caen et Renault, II, n° 80. — Les auteurs modernes, tout en reprochant à la jurisprudence son illégalité, reconnaissent volontiers son excellence pratique. V. par ex. Wahl, note S., 1907. 2. 57; Planiol, noté D., 1908. 2. 223; Colin et Capitant, III, p. 530; Planiol, Ripert, Maury et Vialleton, n° 594; Guérin, *Les donations et avantages dispensés de droit du rapport*, thèse Paris, 1931, p. 61.

l'idée de donation? Car la question doit être posée. Il est visible que l'article 854 a été frappé d'impuissance dans la mesure où l'on a prétendu lui donner cette signification qu'un bénéfice social pouvait constituer une libéralité. Une interprétation différente aurait peut-être réussi à le sauver. Il aurait suffi de considérer directement le texte dans sa portée la plus obvie, au lieu de s'hypnotiser d'emblée sur les arguments *a contrario* qu'il pouvait comporter. Le rapport n'est pas dû pour les sociétés formées sans fraude par acte authentique : voilà tout ce que dit l'article 854 (243), et il ne serait pas illégitime d'y voir une dérogation au droit commun des contrats onéreux, une reconnaissance de cette vérité que la société (à la différence de la vente, par exemple) ne peut pas contenir une donation, un avantage indirect. Mais quelle est la fraude pour laquelle une restriction est formulée ? On répond : la fraude, c'est l'intention libérale. La traduction est vraiment par trop forcée. La fraude suppose une loi impérative, que les parties ont le dessein de mettre en échec. Ce ne peut être ici que la loi fixant la réserve et la quotité disponible. L'article 854 s'apparente à l'article 1840, en ce qu'il tend, comme lui, à protéger les réservataires, et à les protéger en dehors de toute idée de donation. L'article 854, dans sa restriction relative à la fraude, implique essentiellement qu'une personne ayant des héritiers à réserve — pratiquement, un père — s'associe l'un d'eux en vue de lui conférer une situation privilégiée d'où ses cosuccessibles, d'où ses frères seront tenus à l'écart. Ce que réprime la loi, c'est ce but frauduleux de la société; et il faut bien saisir quelle en est la sanction. La sanction n'est point l'obligation au rap-

(243) Cette portée directe et positive de l'article 854 a d'autant plus d'intérêt pour nous que nous raisonnons avec l'arrière-pensée de la société conjugale; or, il est à peine besoin de le rappeler, la société conjugale, dans tous ses types, est constituée par acte authentique; cela suffit au regard de l'article 854.

port : cela impliquerait dans les bénéfices sociaux une gratuité qui répugne à leur nature. La sanction est la nullité de la société tout entière. La société est nulle comme ayant un objet illicite; et il n'en subsiste qu'une communauté de fait. C'est par le règlement même de cette communauté de fait, non par le jeu du rapport, qu'il pourra être tenu compte à la succession du *de cujus* de tout ce qui lui revient, le successible associé recevant, de son côté, à égal titre, l'indemnité de son travail, de ses risques, de la jouissance de ses capitaux. Voilà pour l'acte authentique. Quant aux sociétés constituées par acte sous seing privé, il est évident que la loi, par une disposition purement arbitraire, a édicté à leur encontre une rigueur exceptionnelle. Mais est-il bien nécessaire de lire l'article 834, suivant les assertions doctrinales, comme s'il imposait inéluctablement, à défaut d'acte authentique, le rapport de tous les bénéfices sociaux, comme s'il faisait irrévocablement une donation de ce qui est, en réalité, un transfert onéreux? Fondée sur un texte aussi peu explicite, cette violence à la nature des choses, cette transmutation forcée de la nature onéreuse en nature gratuite, serait une véritable monstruosité (246). Nous le déclarons pour l'article 834, non sans songer à l'article 1527, al. 3. Ici, la seule interprétation raisonnable, c'est de considérer que, pour le cas où les statuts ont été rédigés sous seing privé, le texte prévoit un simple renversement du fardeau de la preuve (247). C'est au successible associé qu'il incombera, en pareil cas, de prouver que la société ne poursuivait pas un but frauduleux à l'encontre des autres

(246) Comp. les observations de Planiol, note D., 1908. 2. 223, col. 2. — On admet bien quelque chose d'approchant sous l'article 918; mais la rédaction de ce texte est autrement explicite, et, d'ailleurs, l'interprétation qui en a prévalu n'est pas à l'abri de la critique (Planiol, *Traité élémentaire*, III, n° 3089-E).

(247) On remarquera que notre interprétation se rapproche sensiblement de celle qu'a proposée Marcadé (sur l'article 834).

héritiers, que le *de cuius* ne l'avait pas conclue *ab irato*, dirions-nous presque. S'il aboutit à le prouver, la société reste valable, et aucun rapport n'est dû. S'il y échoue, la société est atteinte de nullité, il n'y a point lieu à rapport, mais il y a une communauté de fait à régler. En toute hypothèse, la nature onéreuse des bénéfices sociaux demeure intacte. Nous croyons, d'ailleurs, que les résultats auxquels arrive la jurisprudence actuelle ne sont pas très éloignés, en pratique, de ceux qui résulteraient d'une telle interprétation.

Ainsi donc, si les articles 1840 et 854 semblent consacrer la possibilité d'une société mêlée de donation ou d'une société déguisant une donation, c'est pure apparence ou plutôt pure imagination d'interprètes. L'examen des contradictions doctrinales, dans un cas, l'étude des tendances jurisprudentielles, dans l'autre, nous ont amené à cette conviction que, tout au contraire, les deux textes portent la trace d'une force répulsive écartant la société du titre gratuit. Mais cette force répulsive, d'aspect un peu mystérieux, a besoin d'être expliquée.

C. — POURQUOI LES SOCIÉTÉS PERSONNIFIÉES ONT UNE NATURE
INTEGRALEMENT ONÉREUSE. LE RÔLE DE LA NOTION DE BÉNÉFICE
DANS LA DÉTERMINATION DE CETTE NATURE ONÉREUSE.

Les conceptions doctrinales, obstacle à une solution ferme du problème, n'ont pas d'autre origine que celle-ci : une notion par trop archaïque de la société. A l'occasion des articles 854 et 1840, les rédacteurs du Code paraissent raisonner, et les interprètes raisonnent effectivement, comme si la société n'était aujourd'hui encore qu'un contrat, étranger à l'idée de personnalité morale et donnant tout au plus naissance à une indivision. Ils se placent à un point de vue purement statique, qui a pu jadis être exact pour certain type traditionnel de la société civile,

mais qui n'est plus en harmonie avec la pratique moderne. De ce point de vue, ils analysent la constitution de société en des transferts réciproques de parts indivises, chaque associé semblant échanger une quote-part de son apport contre une quote-part de l'apport de son coassocié. Dès lors, il n'est que logique, pour eux, d'admettre la possibilité d'un déséquilibre entre les valeurs ainsi échangées, donc la possibilité d'un avantage gratuit procuré par l'un des associés à l'autre : dans les relations que la société, comme tout contrat, établit directement entre deux contractants, l'un ne peut gagner que l'autre ne perde; que l'intention libérale s'ajoute à un tel déplacement de valeurs, et l'on est en présence d'une donation; le procédé le plus grossier, le métrage de l'inégalité des apports, suffit pour apprécier l'étendue de la libéralité. Les auteurs, il est vrai, ne se bornent pas à considérer la mise en commun des apports, ils envisagent aussi le problème sous l'angle de la participation aux bénéfices — point de vue moins purement statique; mais ils ne se départissent pas, pour autant, de leur contractualisme initial. Ils continuent à concevoir la société comme un simple contrat, où deux parties s'affrontent, l'une ne pouvant gagner que ce que l'autre perd. Si la répartition des bénéfices ne se proportionne pas à l'importance respective des apports — apports de toute espèce : en propriété, en jouissance, en industrie — l'un des associés est avantagé gratuitement aux dépens de l'autre, et, pour peu que l'intention libérale accompagne ce transfert gratuit, il y a donation. Au fond, l'idée maîtresse qui paraît expliquer la position de la doctrine classique, c'est que la société met en contact immédiat des patrimoines individuels, et exclusivement des patrimoines individuels. Dans le système clos ainsi formé, c'est une vérité presque physique que l'un des patrimoines ne peut s'enrichir que par un prélèvement sur la substance de l'autre. La nature de la société n'est

donc pas incompatible avec des transferts gratuits réalisés directement entre associés. Bien mieux, elle y est éminemment propice, car, à la différence des autres contrats onéreux, qui ont, pour la plupart, une exécution instantanée et qui ne portent guère que sur des biens isolés, la société crée une communication permanente entre les patrimoines des contractants, et elle embrasse une fraction souvent considérable, parfois même l'universalité, de leurs fortunes; aussi les rigueurs exceptionnelles des articles 854 et 1840 sont-elles justifiées. Tel est, pensons-nous, le schéma dont s'inspirent les conceptions courantes.

Mais aujourd'hui, la société n'est plus seulement un contrat : c'est un organisme, c'est une personne morale. Et voilà qui change singulièrement les données du problème : plus de rapports de droit établis directement entre deux associés; uniquement des rapports de droit entre chaque associé et la personne morale. C'est à la personne morale que l'associé fait un apport, c'est de la personne morale qu'il reçoit une part de bénéfices. Ce tiers patrimoine, surgissant au milieu des associés, coupe la voie à tous les déplacements de valeurs, que l'on pourrait chercher à réaliser directement entre les patrimoines individuels. D'aucuns objecteront, peut-être, que la personne morale doit être, en réalité, regardée ici comme une personne interposée, que son patrimoine, qui ne contient rien que les associés n'y aient mis, est un simple agent de transmission, loin d'être un obstacle, qu'il faut, par conséquent, comme dans toute interposition de personne, faire abstraction de ce patrimoine intermédiaire et apprécier l'existence de la libéralité aux deux extrémités du transfert gratuit, c'est-à-dire dans les patrimoines individuels des associés. Mais l'objection fait vraiment trop bon marché de la nature juridique propre de la société. Car c'est méconnaître gravement cette nature juridique que de représenter le

patrimoine social comme une espèce de masse amorphe qu'un transfert gratuit pourrait traverser de part en part sans dévier, comme une sorte de récipient inerte qui restituerait sous forme de bénéfices tout ce qu'il aurait reçu sous forme d'apports. La société est un organisme complexe, doué d'une vie intense et d'une activité créatrice. Tandis que, dans les autres contrats onéreux, chaque contractant entend retirer de l'opération l'exact équivalent de la prestation qu'il fournit, chaque associé entend retirer de la société beaucoup plus qu'il n'y met. La société a le pouvoir unique, on serait tenté de dire : le pouvoir magique — de multiplier les valeurs économiques que l'on y introduit. L'union fait la force, assure le proverbe; elle accroît la puissance productive du capital et du travail : si chaque associé n'espérait pas trouver dans la société un profit supérieur à celui qu'il recueillerait d'une entreprise isolée, il ne s'associerait pas. Dans le mécanisme social, une partie ne perd donc pas ce que gagne l'autre : toutes deux gagnent ou perdent en même temps. Paul Pont en avait argumenté pour conclure à l'absence d'aléa; l'argument n'est pas moins propre à mettre en lumière l'absence de gratuité. Ce n'est pas de son coassocié qu'un associé tient sa part de bénéfices. Il ne peut pas être l'ayant cause à titre gratuit de son coassocié, pour la bonne raison qu'il n'en est pas l'ayant cause. Il est l'ayant cause de la société personnifiée, et celle-ci ne saurait être considérée comme une personne interposée, car elle ne se borne pas à transmettre les valeurs qu'elle a reçues : elle les brasse, les amalgame, les féconde, les multiplie en profits. L'organisme social tire du milieu économique ambiant les éléments d'une plus-value : cette plus-value, même partagée inégalement, ne saurait constituer un avantage gratuit conféré par un associé à l'autre, parce qu'elle n'a pas son origine dans le patrimoine individuel d'un associé. Une différence aussi essentielle entre

la société et les autres actes à titre onéreux ne devait pas, du reste, échapper à tous les auteurs. C'est ainsi que, dans un article de M. Trasbot, nous relevons quelques lignes suggestives, auxquelles la mention des avantages matrimoniaux ne peut que nous rendre plus attentif encore. Recherchant si certaines clauses usitées dans les sociétés de personnes ne pourraient pas être traitées comme des libéralités, M. Trasbot en vient à écrire ceci : « Avant toute discussion, on doit faire une réserve : incontestablement, il existe des donations contenues dans des actes de forme onéreuse, mais on peut être troublé par une certaine jurisprudence résultant des avantages matrimoniaux. D'après la jurisprudence... les avantages matrimoniaux résultant de l'adoption d'un régime matrimonial ont toujours une nature onéreuse. Dès lors, *on peut se demander si une distinction ne doit pas être faite suivant que l'acte à titre onéreux contenant un avantage est un acte simple, par exemple une vente, ou que l'acte à titre onéreux est un acte complexe, véritable statut d'une situation juridique aux multiples rouages. Autrement dit, faut-il étendre aux avantages sociaux la jurisprudence relative aux avantages matrimoniaux ?* Evidemment, c'est fort discutable, et l'on devine de bonnes raisons dans un sens comme dans l'autre. Néanmoins, on peut penser que cette jurisprudence doive se restreindre aux avantages matrimoniaux. Elle a sa base sur des textes (art. 1496, 1515, 1525, 1527 C. civ.), et il semble difficile d'étendre ces textes hors des régimes matrimoniaux qui constituent une matière très spéciale. » (248). Il serait, certes, d'une exégèse bien hasardeuse de soumettre les sociétés ordinaires à la réglementation prévue par la loi pour la société conjugale : les textes qui sanctionnent le caractère onéreux

(248) Trasbot, *De la continuation de l'entreprise après décès d'un associé et de l'indemnisation de ses ayants droit sur la base du dernier inventaire* (Journal des sociétés, 1929, p. 129 et suiv.), p. 148, note 2.

des avantages matrimoniaux ont — comme tous les textes, d'ailleurs — une portée essentiellement limitée. Mais rien n'empêche de supposer que ces textes trouvent leur fondement dans une idée générale ressortissant à la notion abstraite de société, donc dans une idée commune à la société conjugale et aux sociétés ordinaires. Cette idée nous paraît être que les déplacements de valeurs auxquels donne lieu le mécanisme social sont naturellement incompatibles avec le titre gratuit. Nous venons d'en esquisser une explication empirique. Il s'agit, maintenant d'en donner une démonstration rigoureusement juridique. A cet effet, dans le processus de transferts de valeurs qui se déroule entre chaque associé et la société, entre la société et chaque associé, nous allons considérer successivement les deux bouts de la chaîne : la mise en commun des apports et la répartition des bénéfices.

Dans une société personnifiée, chaque associé échange son apport contre une part sociale, intérêt ou action. *Or, la nature de la part sociale est telle que l'on peut affirmer, a priori, qu'il y aura toujours égalité entre les deux valeurs ainsi échangées.* Comment déterminer, en effet, la valeur d'une part sociale? Il ne s'agit point d'une valeur matériellement figée, donc aisément chiffrable, comme pourrait l'être une fraction aliquote dans un fonds indivis. La part sociale, étant essentiellement un droit aux bénéfices futurs de la société, est une valeur dotée d'une faculté d'expansion illimitée, une valeur grosse de valeur, qui déjoue toute appréciation numérique : chiffrerait-on une spéculation en mouvement? Sans doute, en pratique, les parts sociales présentent-elles souvent une valeur nominale : pour les actions, cela est même normal, sinon obligatoire. Mais le procédé, techniquement utile, n'a rien qui soit inhérent à l'essence de la société ⁽²⁴⁹⁾, et, en tout

(249) On peut remarquer en ce sens que, dans certains pays, comme les

cas, il ne faut point croire qu'il puisse exprimer une valeur intrinsèque propre à la part d'intérêt ou à l'action; la façon même dont cette valeur nominale est fixée le prouve suffisamment, car c'est précisément la valeur de l'apport que l'on prend pour valeur nominale de la part sociale, avouant ainsi l'inéluctable équivalence de ce que l'associé donne et de ce qu'il reçoit. Il serait tout aussi vain d'objecter que l'existence d'une cotation boursière des actions atteste la possibilité d'une exacte évaluation des parts sociales⁽²⁵⁰⁾. Le cours d'une action en bourse traduit un état fugitif de l'offre et de la demande, non une valeur intrinsèque; et d'ailleurs, les fluctuations énormes et quotidiennes caractérisant le marché des titres à revenu variable sont la preuve la plus convaincante de la nature originale de cette marchandise, qui a la propriété sans pareille d'avoir une valeur indéfiniment extensible. C'est ce que reconnaît M. Demogue, lorsqu'il déclare que « les conventions de société sont en principe à titre onéreux pour le tout »⁽²⁵¹⁾, car il ajoute : « Cela est exact qu'on se place au point de vue subjectif de l'intention des contractants ou au point de vue objectif de l'échange de prestations : à raison de l'aléa de gains ou de pertes dans la société. » On doit seulement remarquer qu'il y a là aléa au sens économique, non au sens juridique : le calcul des probabilités permet de déterminer mathématiquement la valeur d'un billet de loterie, qui correspond, pourtant, au type le plus pur de l'aléa; aucune mathématique, au contraire, ne réussirait à fixer la valeur réelle d'une part sociale dans une société qui se fonde.

Etats-Unis, c'est une pratique courante de ne pas donner de valeur nominale aux actions (V. sur ce point, Rosset, *Les titres américains : les actions sans valeur nominalé*, etc.).

(250) Et d'une exacte évaluation dès le moment de la fondation de la société, puisque, sur certains marchés, il existe une cotation des valeurs mobilières « à l'émission ».

(251) Demogue, *Traité des Obligations*, II, n° 916-H.

Nous concluons en disant qu'il y a toujours l'équivalence économique entre l'apport et la part sociale, comme il y aurait toujours égalité de mesure entre un objet quelconque et un caoutchouc d'élasticité indéfinie. L'apport en société se fait donc toujours, et nécessairement, à titre onéreux. L'intention libérale, qui pourrait animer l'associé apporteur, serait impuissante à dénaturer l'opération, parce qu'elle serait contredite par l'onérosité réelle du transfert de valeurs. C'est ce que la Cour de Poitiers nous paraît avoir jugé dans l'affaire des Hospices des Herbiers ⁽²³²⁾. Après avoir admis que la société civile constituée pour la fondation de ces hospices était bien juridiquement une société, poursuivant la réalisation de bénéfices, elle a décidé que, même inspiré par une évidente pensée charitable, l'apport consenti à une telle société avait bien le caractère essentiel d'un acte onéreux, puisque l'apporteur, ayant reçu des actions en contre-partie, avait effectivement échangé une valeur pour une autre valeur.

Mais tout cela n'est vrai qu'autant qu'il s'agit d'une part sociale, d'une part d'associé dans une société au sens technique du mot, dans un groupement à but économique, qui se propose de réaliser et de partager des bénéfices. En effet, si la part sociale a une valeur économique, et une valeur économique constamment adéquate à celle de l'apport, c'est parce qu'elle est essentiellement un droit aux bénéfices produits par la société. Or, dans un groupement qui poursuit des fins désintéressées, dans une association *stricto sensu*, il ne peut plus être question de bénéfices, et, du même coup, le droit du sociétaire ne peut plus être considéré comme une valeur économiquement appréciable. Si donc le sociétaire fait à l'association un apport susceptible d'estimation pécuniaire, si notam-

(232) Poitiers, 27 janv. 1902, S., 1903. 2. 13.

ment il fournit une cotisation, il se dépouille sans équivalent, car le droit purement moral qu'il acquiert ne saurait compenser la valeur économique qu'il cède. N'en résulte-t-il pas que l'association a une nature gratuite? Les auteurs ne semblent guère enclins à l'admettre ⁽²⁵³⁾; c'est d'ailleurs un point très négligé. En ce qui nous concerne, nous n'hésitons pas à nous approprier une remarque de M. Maury : « Le type véritable de l'association reste le groupement dont le but est d'ordre général, celui où la satisfaction poursuivie n'est pas pécuniairement appréciable, le groupement extraéconomique; il y a là une sorte de contrat à titre gratuit. » ⁽²⁵⁴⁾. Il nous apparaît que *le titre gratuit est au titre onéreux ce qu'est la notion d'association à la notion de société. La notion de bénéfice, en départageant le domaine de la société et celui de l'association, trace en même temps la ligne de démarcation entre l'onérosité de l'une et la gratuité de l'autre.* La société est un groupement à but économique, comme le transfert onéreux est une opération à but économique; l'association est un groupement désintéressé, à fins idéales ou morales, comme le transfert gratuit est une opération désintéressée, à objectif moral ou idéal. Sans doute lit-on, chez certains auteurs, que « l'avantage obtenu par un contractant peut être non seulement matériel mais moral », sans que le contrat cesse, pour autant, d'être pleinement onéreux ⁽²⁵⁵⁾. Ces auteurs ont été influencés par une jurisprudence célèbre,

(253) M. Demogue, par exemple, s'exprime ainsi (*loc. cit.*) : « Les contrats où les parties dirigent leurs volontés dans un but commun, dont la réalisation leur profitera (contrats de sociétés, d'associations) sont aussi à titre onéreux. »

(254) Maury, *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français*, thèse Toulouse, 1920, I, p. 119. — Comp., à l'appui de cette idée, les observations de M. Gény, *Les apports en immeubles aux associations déclarées et non reconnues d'utilité publique* (*Revue trim.*, 1930, n° 16, p. 684, et note au S., 1930. I. 283, col. 3).

(255) Demogue, *loc. cit.*

relative aux offres de concours. Désireux de soumettre au régime de l'onérosité des actes qui constituaient certainement des donations, les tribunaux se sont mis à fouiller le subconscient des donateurs pour y découvrir des arrière-pensées intéressées, si lointaines et si vagues qu'elles fussent : c'est ainsi qu'ils en sont venus à considérer comme un équivalent, excluant toute idée de libéralité, le contentement égoïste, quoique purement moral, que le disposant pouvait trouver dans l'accomplissement de son acte; voire la simple satisfaction d'un sentiment de caprice, de fantaisie ou de vanité⁽²⁵⁶⁾. Cette jurisprudence est d'autant plus curieuse qu'elle est, au fond, en contradiction avec celle que nous connaissons déjà, touchant la notion de bénéfice dans la définition de l'article 1832. Alors que, sur le dilemme société-association, les tribunaux ont fini par donner de la notion de bénéfice l'interprétation la plus étroite, la plus matérialiste — sur le dilemme titre onéreux-titre gratuit, ils ont entendu cette notion de la manière la plus large, d'une manière trop large même, trop éthérée, puisqu'ils y ont englobé l'intérêt purement moral. Ce sont là, inverses, deux exagérations. Il faut, en réalité, comprendre sous le terme bénéfice tous les avantages économiques, mais seulement les avantages économiques, et cela suffit pour que les groupements à but désintéressé ou idéal soient repoussés, à la fois, de la sphère de la société et de celle du titre onéreux.

Nous venons de constater que l'apport en société est

(256) L'arrêt-type est un arrêt Bardet (Req., 14 avril 1863, D., 63. 1. 402). Il convient de citer, après lui, le jugement de Mailly-Chalon du Tribunal de Mamers (2 févr. 1875, S., 75. 2. 150), l'arrêt Lapeyres de la Chambre civile de la Cour suprême (19 juill. 1894, D., 95. 1. 125, où, il est vrai, il s'agissait plutôt d'un avantage pécuniaire, bien qu'extrêmement tenu) et enfin le jugement Abbé Bresson et autres du Tribunal de Langres (15 mars 1900, D., 1900. 2. 422). — Comp. Conseil d'Etat, 23 mai 1930 (D., 31. 3. 49) et la note de M. G. Monsarrat (spécialement, p. 51, col. 1).

essentiellement un transfert de valeurs à titre onéreux. Plaçons-nous maintenant à l'autre issue du mécanisme social, du côté de la répartition des bénéfices. Indubitablement, là encore, le transfert est à titre onéreux. L'associé ne reçoit sa part de bénéfices qu'en vertu d'un droit préexistant, inhérent à la notion de part sociale. Les bénéfices, sortis du patrimoine de la personne morale, n'entrent dans le patrimoine individuel d'un associé que moyennant l'extinction corrélative de cette créance qui, sous forme de part d'intérêt ou d'action, appartenait à l'associé contre la société⁽²³⁷⁾. Il y a paiement, donc transfert onéreux⁽²³⁸⁾. On voit comment l'intervention de la notion de part sociale, elle-même traduction du concept de personnalité morale, implique une équivalence forcée, — et, partant, une onérosité inévitable — entre tous les déplacements de valeurs qui se produisent des associés à la société et de la société aux associés.

Nous pressentons une objection. La démonstration, dira-t-on peut-être, tombe à côté de la question; personne ne nie l'onérosité des bénéfices sociaux considérés en soi, c'est uniquement dans leur mode de répartition qu'une libéralité peut se glisser. Tant que les bénéfices arrivent à tous les associés indistinctement par le jeu normal du mécanisme social, il y a, sans conteste, transfert onéreux. Mais les statuts peuvent prévoir une attribution exceptionnelle de bénéfices à l'un des associés en particulier, et là gît la possibilité d'un transfert gratuit. Il existe, en

(237) Sur cette assimilation de la part sociale à un droit de créance, comp. Paris, 18 août 1881, S., 82. 2. 25, note de M. Lyon-Caen.

(238) Puisque nous avons l'intention, non dissimulée, de transporter cette constatation aux bénéfices résultant normalement de la société conjugale, nous devons signaler ici que l'on s'est justement demandé, quelquefois, si, dans une société de secours mutuels, l'avantage procuré aux membres secourus ne constituait point un avantage gratuit, ce qui aurait eu pour résultat de faire de cette catégorie de société un contrat de bienfaisance (*Répertoire Dalloz*, v^o *Associations de secours mutuels*, n^o 23). La question a été résolue, avec raison, par la négative.

effet — nous y avons déjà fait allusion ⁽²⁵⁹⁾ — à côté des bénéfices normaux, dont la réalisation constitue l'objectif primordial d'une société, des bénéfices exceptionnels, exceptionnels par leur mode de partage, en ce qu'ils profitent à un associé ou à quelques associés seulement, à l'exclusion des autres. Ainsi, il est stipulé que l'un des associés recevra une part de bénéfices supérieure à la quantité de son apport; que la totalité de l'actif social sera dévolue à tel associé s'il survit à l'autre; que les associés survivants auront le droit de conserver le fonds social, en tenant compte aux héritiers du prédécédé de la valeur fixée par le dernier inventaire, bien que le fonds ait pu acquérir une plus-value depuis cette date, etc. Il ne s'agit plus de profits extraits par la société du milieu économique ambiant; il s'agit de gains obtenus, à l'intérieur de la société même, par un associé au détriment des autres. Il y a privilège, avantage, donc gratuité. C'est à ces bénéfices exceptionnels, anormaux, que l'on se réfère quand on parle d'une donation réalisée sous le couvert d'une société — d'une société ordinaire comme d'une société conjugale. Voilà l'objection qui pourra être formulée. Mais nous ne croyons pas que, limitée ainsi aux bénéfices exceptionnels, l'idée de libéralité soit plus acceptable. Un fait reste, d'après nous, déterminant : c'est que de tels bénéfices, pour être exceptionnels, n'en sont pas moins pris sur le patrimoine de la personne morale, non sur le patrimoine d'un associé, ce qui exclut la possibilité d'une donation entre personnes physiques : bénéfices normaux et bénéfices exceptionnels diffèrent par leurs modalités de répartition, mais leur matière est la même, matière élastique empruntée au patrimoine social. Et, d'ailleurs, il n'est que d'interroger notre Droit positif pour constater que les bénéfices exceptionnels ne doivent nullement être

(259) V. plus haut, p. 87.

traités comme des libéralités. La théorie générale de cette sorte de bénéfices est encore à faire. Un texte, toutefois, a obligé la doctrine à aller assez loin dans la voie de la systématisation : c'est l'article 4 de la loi du 24 juillet 1867, en tant qu'il organise une procédure de vérification et d'approbation pour les *avantages particuliers*. Sans doute, les avantages particuliers visés par cette loi ne comprennent-ils pas tous les bénéfices exceptionnels dont l'onérosité est litigieuse, puisque, aussi bien, la réglementation de l'article 4 n'est relative qu'aux sociétés par actions. Mais, en dehors de toute question d'interprétation, il est loisible de se former une notion extensive de l'avantage particulier, notion valable pour tous les types de société, et dont la symétrie possible avec la notion d'avantage matrimonial est, d'ores et déjà, patente. Cela est d'autant plus facile aujourd'hui que les auteurs, répudiant des errements anciens, en sont venus, même du point de vue de la loi de 1867, à une conception large de l'avantage particulier, qu'ils définissent comme « tout droit et toute allocation ou rétribution ayant pour effet de rompre l'égalité contractuelle entre associés »⁽²⁶⁰⁾. Usurpant une formule jurisprudentielle, nous dirons, à notre tour, qu'il y a avantage particulier dans tous « profits, prélèvements, avantages quelconques rompant l'équilibre entre associés »⁽²⁶¹⁾. Or — et c'est là que nous voulons en arriver — *personne n'a pensé qu'un avantage particulier pût jamais constituer une donation, pas même une donation de la société à certains associés, encore moins une donation entre associés*. Les avantages particuliers

(260) Bosvieux, *De la notion d'avantage particulier* (Journal des sociétés, 1927, p. 63-88), p. 73. — Comp. sur la définition de l'avantage particulier, Lyon-Caen et Renault, II, n° 708; Thaller, *Traité élémentaire*, n° 533; Wahl, *Précis de Dr. com.*, n° 690; Hémar, *Nullités de sociétés et sociétés de fait*, n° 173; Lacour et Bouteron, *Précis de Dr. comm.*, I, n° 443.

(261) Bordeaux, 20 nov. 1865, S., 66. 2. 119.

sont certes soumis, dans les sociétés par actions, à un régime restrictif, mais à un régime restrictif qui ne repose point sur l'idée de libéralité. On se plaît, du reste, à envisager cette espèce d'avantages comme la rémunération des services que certains associés ont rendus ou pourront rendre à la société ⁽²⁶²⁾, ce qui implique nécessairement un titre onéreux. Lors même que la contre-prestation de l'associé avantage n'apparaît pas nettement, comme dans l'attribution de parts de fondateur, on fait remarquer, avec raison, que l'avantage particulier n'est, en l'occurrence, que la compensation de risques spéciaux. C'est donc un point incontesté que les avantages particuliers ne sont jamais des avantages gratuits dans les sociétés par actions ⁽²⁶³⁾. Pour les sociétés de personnes, la même solution s'impose, à peine plus discutée : si de l'onérosité de quelques clauses, qui nous paraissent bien mériter la dénomination d'avantages particuliers, on a pu éprouver des hésitations, les hésitations ont été vite dissipées. Il en a été ainsi de la clause attribuant la totalité du fonds social à l'associé survivant : il y avait avantage exorbitant, avantage particulier au premier chef; n'y avait-il pas donation? La négative a prévalu de bonne heure ⁽²⁶⁴⁾. En face de l'exemple archaïque, l'exemple très moderne : les statuts prévoient la continuation de l'entreprise nonobstant le décès d'un associé, les ayants droit du prédécédé étant indemnisés par les survivants sur la base du dernier inventaire; or, par suite d'une hausse rapide des prix, comme il y en eut tant ces dernières années, les survivants se trouvent conserver à trop bon marché la part de leur coassocié; l'excédent de la valeur réelle actuelle sur la valeur d'inventaire cons-

(262) V. par ex. Lyon-Caen et Renault, *loc. cit.*

(263) Comp. en ce sens, Millet, *Les avantages particuliers dans les sociétés par actions*, thèse Paris, 1931, p. 41-42.

(264) Troplong, *Société*, II, n° 646.

titue à leur profit un avantage particulier. Les héritiers du prédécédé, se voyant lésés, ne peuvent-ils pas demander que cet avantage soit traité comme une libéralité réductible? On l'a proposé en doctrine, mais la tentative a fait long feu : elle se heurtait à des difficultés insurmontables ⁽²⁶⁵⁾. Il est donc avéré que, dans les sociétés de personnes comme dans les sociétés par actions, les avantages particuliers ont une nature onéreuse. La raison théorique en est, pour nous, bien simple : c'est que de tels avantages ressortissent à la notion de bénéfice. Le meilleur commentaire est ici un attendu d'un jugement, déjà rencontré, du Tribunal civil de Thonon ⁽²⁶⁶⁾. Le Tribunal de Thonon, décrivant un bénéfice exceptionnel, un avantage particulier de cette sorte, note que « la société s'en sert résolument dans l'intérêt supérieur de sa conservation et, si possible, de sa perpétuité, comme d'un appât sans cesse fuyant pour stimuler le zèle de ses membres ». « C'est bien là, ajoute-t-il, le bénéfice qu'il fallait trouver, bénéfice soumis à un mode de partage un peu spécial, ingénieusement approprié au but principal de la société, mais qui n'en est pas moins celui en vue de la jurisprudence sur l'article 1855 du Code civil. » Autant dire que les bénéfices exceptionnels, les avantages particuliers, s'ils ne constituent pas, comme les bénéfices normaux, le but même de la société, concourent à la réalisation de ce but; qu'ils s'intègrent dans le mécanisme social et participent ainsi de son onérosité essentielle.

(265) Comp. les notes de M. H. Rousseau sous Req., 13 avril 1921, S., 24.1.305, et sous Lyon, 25 nov. 1926, S., 27.2.21, et l'article précité de M. Trasbot (*Journal des sociétés*, 1929, p. 148 et suiv.). V. aussi Req., 9 juill. 1929, *Rev. trim.*, 1931, p. 426.

(266) Trib. civ. Thonon, 16 déc. 1910 (sous l'arrêt solennel Caisse rurale de Manigod, S., 18-19. 1. 104, col. 2.

III. — Nature intégralement onéreuse de la société conjugale.

Du principe que le régime matrimonial constitue à la fois une société et une personne morale, il reste à tirer la conséquence. Nous savons maintenant que l'onérosité est inhérente aux sociétés personnifiées. Nous devons dire, en bonne logique, qu'elle est également inhérente au régime matrimonial : *les déplacements de valeurs économiques auxquels peut donner lieu le fonctionnement de la société conjugale se produisent, tous et nécessairement, selon nous, à titre onéreux*. Cela signifie, en particulier, que nous tranchons le problème de la nature juridique des avantages matrimoniaux dans le sens d'une onérosité intégrale et absolue. Cette conclusion n'est point neuve; mais, se présentant chez nous comme une déduction des notions de société et de personnalité morale, elle est susceptible d'y revêtir, par certains aspects, une physionomie très dissemblable de celle que lui prêtent les théories courantes, parties d'autres prémisses. C'est ce que nous allons vérifier en reprenant, aux fins de solutions positives, les deux points que nous avons déjà distingués aux fins d'exposé critique : 1° la nature juridique des avantages matrimoniaux; 2° le critère de différenciation des avantages matrimoniaux par rapport aux libéralités entre époux. Mais, auparavant, nous avons à formuler quelques ultimes réflexions touchant une notion qui nous est bien connue, la notion d'association conjugale.

A. — LA NOTION D'ASSOCIATION CONJUGALE ET LA NATURE JURIDIQUE DES AVANTAGES MATRIMONIAUX

Des corrélations que nous avons établies entre les quatre termes : société, titre onéreux, association, titre gratuit, il résulte jusqu'à l'évidence que la notion d'associa-

tion conjugale, si nous l'avions admise, nous conduirait maintenant à attribuer une nature juridique gratuite au régime matrimonial en général, et spécialement aux avantages matrimoniaux : ce serait bien le cas de dire que l'onérosité prêtée par le Code à ces avantages constitue une fiction. Les auteurs ne paraissent pas soupçonner, le moins du monde, ce retentissement possible de la notion d'association conjugale sur la solution de notre problème. C'est ainsi que MM. Planiol, Ripert et Nast n'hésitent pas à légitimer le principe de l'onérosité par les considérations suivantes : « La présomption légale se justifie par la nature même de la société conjugale, *qui est une société sans but lucratif*, la communauté ayant pour affectation de subvenir aux charges du mariage. En général, les époux, quand ils font leurs conventions de mariage, n'ont *aucun esprit de lucre*. »⁽²⁶⁷⁾. Les savants juristes ne semblent pas s'apercevoir que, si leur explication peut prouver quelque chose, c'est précisément le contraire de ce qu'ils entendent prouver. A leur décharge, il convient de dire que l'illusion est courante en doctrine. On répète constamment que la nature onéreuse des avantages matrimoniaux tient à ce que la communauté conjugale est une union de cœurs autant qu'une union de biens, une société d'affections autant qu'une société d'intérêts, etc. Saleilles, dont l'autorité ne saurait être suspecte à cet égard, a montré combien il y avait d'inconséquence à faire reposer la règle de l'onérosité sur le côté sentimental ou idéal des rapports de droit entre époux⁽²⁶⁸⁾ : ce sentiment d'affection que l'on met en vedette, mais ce n'est pas autre chose que l'intention libérale! ainsi, pour rendre raison de l'onérosité des avan-

(267) Planiol, Ripert et Nast, II, n° 963.

(268) Saleilles, *Une interprétation vaudoise d'une disposition du Code civil français*. (Revue trimestrielle, 1914, Supplément au n° 1), n° 11, p. 24.

tages matrimoniaux, on se jette tête baissée dans le titre gratuit.

Plaçons la question sur le terrain technique qui nous est familier : si le régime matrimonial est, de son essence, une association, les transferts de valeurs auxquels peut donner lieu son mécanisme se présentent nécessairement comme des transferts gratuits; la notion même d'association implique l'absence de la notion de bénéfice, l'absence de la notion de bénéfice implique l'absence d'onérosité. Si c'est à une association que les conjoints apportent leurs biens en se mariant sous un régime donné — et notamment sous le régime de la communauté — ils se dépouillent d'une valeur économique certaine pour obtenir, en échange, non pas une autre valeur économique, telle qu'une part de bénéfices, mais, comme dans toute association, une contre-partie purement morale, une satisfaction purement intérieure. Or — du point de vue économique, qui domine la distinction du titre gratuit et du titre onéreux — échanger une valeur patrimoniale contre un contentement désintéressé, c'est échanger tout contre rien, c'est réaliser un transfert gratuit. Il est donc dans la logique de l'hypothèse de conclure à la gratuité des apports en mariage et, du même coup, de condamner la jurisprudence relative à l'action paulienne en matière de constitution de dot. A l'autre issue du mécanisme du régime matrimonial, la question se pose en termes identiques : s'il y a association, l'avantage matrimonial ne peut plus répondre à l'idée de bénéfice, puisque, par définition, l'association est exclusive d'une telle idée. Certes, c'est toujours du patrimoine d'une personne morale que l'avantage semble sortir; mais la situation, à cet égard, n'est pas la même qu'en matière de société, car le patrimoine de l'association est, de sa nature, absolument impuissant à multiplier les valeurs pécuniaires : tout au plus peut-il restituer celles qu'on y a mises; et ici, ce que

l'un des sociétaires gagne, un autre le perd. Ainsi, avec la notion d'association conjugale, plus de part d'intérêt à valeur économique indéfiniment extensible, plus de part d'intérêt ouvrant droit à une infinité de bénéfices, normaux ou exceptionnels, soudés en une même onérosité. L'avantage matrimonial ne peut constituer, dès lors, qu'un enrichissement isolé, procuré par l'un des époux-sociétaires à l'autre, au travers du patrimoine inerte de l'association, c'est-à-dire, juridiquement, un avantage gratuit et, si l'intention libérale s'y surajoute, une donation. Il est donc dans la logique de l'hypothèse de conclure à la nature intégralement gratuite des avantages matrimoniaux et, du même coup, de renoncer à expliquer rationnellement le système légal de l'onérosité. Si nous ne savions par avance que la notion d'association conjugale est irrémédiablement fautive, nous l'apprendrions ici en voyant les conséquences inacceptables auxquelles elle aboutit touchant notre problème.

B. — LA NATURE ONEREUSE DES AVANTAGES MATRIMONIAUX
ET SON FONDEMENT RATIONNEL

Selon nous, *les avantages matrimoniaux ont une nature intégralement onéreuse qui trouve son fondement rationnel dans les notions, indissolublement liées, de société et de personnalité morale.* Nous ajoutons que, *quelle que soit l'hypothèse envisagée*, qu'il s'agisse de l'hypothèse ordinaire, de l'hypothèse-type, dans laquelle il n'y a pas d'enfants d'un premier lit, ou de l'hypothèse exceptionnelle, dans laquelle il y en a, qu'il s'agisse même du cas de divorce ou du cas de faillite, *cette nature onéreuse demeure immuable, tant en elle-même que dans son fondement.* Nous allons nous efforcer d'en apporter une démonstration synthétique, en faisant ressortir, à travers les différentes hypothèses, la permanence de l'onérosité des avantages matrimoniaux.

a) LE PRINCIPE DE L'ONÉROSITÉ DES AVANTAGES MATRIMONIAUX

Nous raisonnons ici sur l'hypothèse ordinaire, celle que ne viennent compliquer ni la présence d'enfants issus d'un précédent mariage, ni le prononcé d'un jugement de divorce ou de faillite. Un fait domine toute la question : *il y a des textes*. Sans doute le Code Napoléon ne renferme-t-il pas, sur ce point, de disposition générale; suivant sa méthode favorite, le législateur de 1804 a procédé par voie de décisions concrètes et fragmentaires : choisissant deux avantages matrimoniaux parmi les plus caractéristiques, le préciput et l'attribution de tous les acquêts au survivant, il en a affirmé la nature onéreuse. Cet empirisme législatif a pu jeter le trouble dans les esprits exégétiques; il ne saurait faire illusion aux civilistes modernes : *sous le couvert de deux applications particulières, dans les articles 1516 et 1525, la loi a, en réalité, consacré un principe général, que l'interprète est en droit d'exprimer, et ce principe, c'est que les avantages matrimoniaux ont une nature intégralement onéreuse*.

Ce faisant, d'ailleurs, la loi ne s'est point servie d'une fiction, ni d'une présomption, ni d'aucun artifice de technique : elle a simplement traduit, sans la mutiler, une vérité scientifique profonde. *L'onérosité des avantages matrimoniaux est une réalité parce qu'elle est la déduction d'une autre réalité : savoir, la nature juridique du régime matrimonial en tant que société personnifiée*. Dès lors que l'avantage matrimonial sort du patrimoine de la société conjugale, il ne saurait être considéré comme une libéralité entre époux. Le fondement rationnel que nous assignons, de la sorte, au principe de l'onérosité ne semble pas inédit. Depuis longtemps, on justifie couramment le système légal, du moins quant au régime de communauté, en invoquant l'idée de société (nous le savons) et aussi, quoique d'une manière plus voilée, moins consciente,

l'idée de personnalité morale. Ainsi, quand M. Pol Robert écrit que le conjoint survivant, bénéficiaire d'un avantage, « ne tient pas son droit du prémourant, mais de la communauté, dont il est en quelque sorte l'ayant cause » (269), quand le tribunal civil de Douai déclare que ce conjoint « ne reçoit rien de l'autre époux, mais tout de la communauté en vertu du pacte social » (270), que font-ils donc, si ce n'est ériger la communauté en sujet de droit, en être moral? Il est certain, en effet, que la théorie de la communauté-indivision contient en elle la théorie de l'onérosité-fiction : un état passif comme l'indivision ne pourrait procurer d'avantages à l'un des conjoints que par prélèvement sur le patrimoine de l'autre, c'est-à-dire par un transfert réellement gratuit de valeurs (271). Il est précieux, à notre point de vue, d'enregistrer que la personnalité morale de la communauté et l'onérosité réelle des avantages matrimoniaux s'apportent ici une vérification réciproque.

Mais il ne suffit pas de se prévaloir en termes plus ou moins vagues, comme le font les auteurs, des idées de société et de personnalité morale. Encore faut-il situer exactement l'avantage matrimonial dans le droit commun des sociétés personnifiées. Nous disons que *l'avantage matrimonial est un bénéfice de la société conjugale et qu'il a forcément, en tant que tel, une nature onéreuse*. La démonstration que nous avons donnée de cette onérosité nécessaire des bénéfices sociaux, en matière de sociétés ordinaires, doit être transportée ici sans restriction. Il serait vain de vouloir fonder le caractère onéreux des avantages matrimoniaux sur l'originalité que l'intervention d'éléments moraux conférerait à la société conjugale.

(269) Pol Robert, thèse précitée, p. 191.

(270) Trib. civ. Douai, 22 janv. 1886, D., 87. 3. 45.

(271) Comp. plus haut, p. 704, nos observations sur l'arrêt Grégoire.

La doctrine abuse de ce genre de considérations. Il y a, certes, un lien entre les éléments moraux dont on parle et l'onérosité des avantages matrimoniaux; mais c'est un lien purement technique. Qu'entend-on au juste par « éléments moraux »? Ce sont les qualités morales des deux époux : du mari, en tant que chef et protecteur, de la femme en tant que gardienne du foyer. Or, ces qualités morales, qui se concrétisent dans une certaine espèce d'activité, ressortissent juridiquement à la notion d'apport. Dans les sociétés ordinaires, nous l'avons vu ⁽²⁷²⁾, on admet que les soins, la surveillance, l'habileté à conduire les affaires, la force, le courage, peuvent constituer des mises sociales. La possibilité d'apports moraux n'est donc point particulière à la société conjugale. Ce qui lui est particulier, c'est qu'elle comprend nécessairement, et par définition, de tels apports, les éléments moraux dont il s'agit étant inhérents à la notion même de mariage, et le mariage étant le substratum inéluctable de tout régime matrimonial. Il n'est pas une société conjugale où les époux n'apportent leurs qualités morales, et où cet apport n'ait une importance considérable, déterminante, auprès de laquelle les apports matériels eux-mêmes comptent peu. Et voici la conséquence. Ainsi que nous le savons déjà ⁽²⁷³⁾, quand l'un des associés ne fait pas d'apport ou ne fait qu'un apport fictif, il n'y a pas réellement société et, sous une apparence de société, il peut y avoir donation. Or, la société conjugale est, *a priori*, exclusive d'une telle éventualité : tout associé y fait obligatoirement, et comme automatiquement, un apport; lors même que l'un des conjoints ne réalise aucune mise matérielle sérieuse, il se trouve, par le seul fait du mariage, mettre en société ses qualités morales; cela est assez pour qu'il y ait tou-

(272) V. plus haut, p. 71.

(273) V. plus haut, p. 754.

jours société et pour qu'il n'y ait jamais donation. Les éléments moraux ont donc bien une influence sur l'onérosité des avantages matrimoniaux; mais cette influence ne s'exerce que dans le cadre technique délimité par la structure de toute société.

Sans doute les avantages matrimoniaux sont-ils des bénéfices d'ordre exceptionnel : *ce sont les avantages particuliers de la société conjugale*. Mais il est positif que les avantages particuliers n'ont pas une nature moins onéreuse que les bénéfices normaux, dont ils sont, à la fois, l'accessoire et le complément. En matière de société conjugale, les bénéfices normaux ont une importance telle que les avantages particuliers les plus étendus ne comptent guère auprès d'eux. D'ordre négatif, ces bénéfices se répartissent inéluctablement entre les époux, selon les principes coopératistes, au prorata des assurances, des consommations, des crédits, que chacun d'eux vient demander à la société conjugale. Du même coup se ferme la dernière possibilité de réaliser une donation sous l'apparence d'une société. Quand tous les bénéfices sont attribués à l'un des associés exclusivement, avons-nous dit ⁽²⁷⁴⁾, il n'y a point société, et il peut y avoir donation. Or, dans la société conjugale, il est *a priori* impossible que l'un des associés soit privé de toute participation aux bénéfices : par la force même des choses, chacun reçoit sa part de bénéfices négatifs. Voilà qui est propre à la société conjugale, mais toujours dans le cadre technique de la société. Les avantages matrimoniaux puisent donc dans leur union intime avec les bénéfices normaux un nouveau principe d'onérosité. Ne forment-ils pas, du reste, un moyen technique, employé par la société conjugale, pour stimuler le zèle des époux et, par là, pour accroître la somme des bénéfices normaux qu'elle leur procure ? Autant dire que,

(274) V. plus haut, p. 754.

s'ils ne constituent pas le but même de la société conjugale, ils concourent à la réalisation de ce but; qu'ils s'intègrent dans le mécanisme social et participent ainsi de son onérosité essentielle.

La nature juridique onéreuse des avantages matrimoniaux étant une réalité, il faut affirmer qu'elle ne peut s'altérer au contact de la volonté des époux. L'avantage matrimonial, comme tout bénéfice social, comme tout avantage particulier, a, objectivement, le caractère d'un transfert onéreux de valeurs économiques : il garde ce caractère en dépit de l'intention libérale que les parties ont pu manifester. *L'intention libérale est impuissante à changer en transfert gratuit un transfert objectivement onéreux, à faire dégénérer en libéralité ce qui est réellement avantage matrimonial.* D'un mot, l'intention libérale que les conjoints s'aviseraient de greffer sur un avantage matrimonial serait aussi vaine que l'intention libérale exprimée par des actionnaires, dans une assemblée générale, lors du vote d'approbation des avantages particuliers.

b) L'ONÉROSITÉ DES AVANTAGES MATRIMONIAUX EN PRÉSENCE
D'ENFANTS ISSUS D'UN PREMIER LIT.

La nature intégralement onéreuse qui vient d'être reconnue, en principe, aux avantages matrimoniaux, disparaît-elle dans l'hypothèse de secondes noces? Nullement; et, en cela, à notre grand regret, nous nous voyons obligé de heurter de front les idées courantes, tant contemporaines qu'exégétiques, tant jurisprudentielles que doctrinales. Pour la théorie exégétique, la fiction s'effaçant au cas de second mariage, la réalité reprend son empire, et la libéralité, violemment travestie par la loi, retrouve sa figure originelle. Pour la théorie contemporaine, au contraire, c'est le cas de second mariage qui donne lieu à fiction : le caractère normalement onéreux est trans-

formé par le législateur en caractère gratuit. Mais, pour les Contemporains comme pour les Exégètes, c'est un véritable dogme que les avantages matrimoniaux constituent des donations en présence d'enfants issus d'un premier lit, et doivent être entièrement soumis au régime des donations. La Cour suprême — rappelons-le — a donné sa sanction à ce dogme dans la série des arrêts Laporte, Lévy-Primat, Hauchecorne et Galichon. Or, dans la possibilité de telles métamorphoses juridiques, il y a, croyons-nous, quelque chose qui dépasse l'entendement. Nature, c'est essence; et essence, c'est permanence : qu'un transfert de valeurs, objectivement identique, puisse se présenter indifféremment avec une nature gratuite ou une nature onéreuse, selon que se rencontre ou non cette circonstance tout à fait accidentelle qu'est la présence d'enfants issus d'un premier lit, c'est ce que la raison se refuse à concevoir, c'est ce que nous nous refusons à admettre.

L'avantage matrimonial est un bénéfice social — bénéfice exceptionnel, avantage particulier de la société conjugale : son onérosité est liée à sa nature de bénéfice et, comme elle, immuable. Les articles 1496 et 1527, considérés et dans leur lettre et dans leur but, s'expliquent très rationnellement avec la notion de bénéfice social. Nous avons déjà constaté, interprétant les articles 1840 et 854, que la loi pouvait protéger les familles des associés, spécialement les héritiers réservataires, sans qu'il fût besoin de dénaturer la société par des fictions ou des présomptions de donations. A un autre point de vue, *la réglementation des avantages particuliers, en matière de sociétés par actions, fournit l'exemple d'un régime restrictif, qui frappe des bénéfices sociaux d'ordre exceptionnel, sans porter atteinte, en quoi que ce soit, à leur nature onéreuse.* Le législateur a pris des précautions contre les avantages particuliers dans les sociétés conjugales comme dans les sociétés par actions, parce que, dans les unes comme

dans les autres, ils sont susceptibles d'offrir certains dangers (275). Sans doute les précautions mises en œuvre ne sont-elles pas de même espèce : pour les sociétés par actions, il s'agit d'une procédure de vérification et d'approbation des avantages litigieux par les assemblées générales d'actionnaires; pour la société conjugale, il s'agit d'une limitation des avantages à une quotité déterminée. Mais le principe est le même; et d'ailleurs, pour réaliser son but, la loi du 24 juillet 1867 aurait pu tout aussi bien procéder par voie de taxation des avantages particuliers; des législations étrangères en attestent la possibilité (276). Le système des articles 1496 et 1527 n'est donc point un prolongement du système de la réserve héréditaire, c'est, se suffisant à lui-même, un système restrictif édicté à l'encontre des avantages particuliers, en matière de société conjugale, pour l'hypothèse spéciale de secondes noces. Comment justifier rationnellement ce système restrictif? Il faut faire intervenir ici les notions de société et de personnalité morale. La dissolution du premier mariage entraîne la dissolution de la première société conjugale; mais l'existence d'enfants nés de cette union a pour résultat que l'intérêt collectif du ménage survit à la désagrégation de l'organisme qui le concrétisait. C'est cette coexistence de deux intérêts collectifs rivaux que la loi a prise en considération. Nous ne disons pas que les enfants du premier lit ont des droits acquis sur les biens de la société conjugale formée par leurs parents (277). Une

(275) La similitude des deux situations a parfaitement été aperçue lors des travaux préparatoires de la loi du 24 juillet 1867; et, dans son rapport au Corps législatif (*Moniteur*, 4, 5, 6 juin 1867), Mathieu la mit pittoresquement en relief : « La loi, déclara-t-il, s'est défiée des entraînements de la première heure... Il y a, dans les sociétés comme en d'autres associations, une lune de miel dont les ardeurs peuvent être dangereuses si elles ne sont pas contenues. »

(276) V. par ex. Code commerce italien, art. 127; et comp. sur cette disposition, Vivante, *op. cit.*, II, n° 444.

(277) V. toutefois, Bonnecase, *Supplément au Traité de Baudry-Lacantinerie*, I, n° 156.

telle formule, admise à la lettre, excéderait, selon nous, la portée du système légal : elle ressusciterait, en l'aggravant, la loi *Feminæ quæ* et le second chef de l'édit de 1560. Il est certain que, par le fait du nouveau mariage, il ne s'opère, en faveur des enfants du premier lit, aucune dévolution immédiate des apports et des bénéfices que l'époux remarié a retirés de la première société conjugale : il peut en disposer librement, dans les termes du droit commun, pourvu que ce ne soit pas au profit de son second conjoint. Ce qui est vrai, c'est que, prolongeant sa personnalité morale, le premier ménage, représenté par les enfants du premier lit, a le droit de suivre, au sein du second ménage, l'emploi que l'un de ses anciens membres veut faire des biens lui appartenant, parce que ces biens, même acquis postérieurement à la dissolution du premier mariage, sont toujours affectés à la satisfaction du premier intérêt collectif, dans la mesure où il subsiste. Il n'y a pas droit de propriété; il y a droit de contrôle. Pas plus qu'une société ordinaire ⁽²⁷⁸⁾, la société conjugale ne peut empêcher l'un de ses anciens associés d'entrer, après dissolution, dans une société poursuivant un objet similaire; mais elle peut empêcher, tout au moins, que les capitaux originellement destinés à la réalisation de son objet social n'aillent servir, dans cette société nouvelle, à conférer des avantages particuliers au nouveau coassocié. Le raisonnement n'est, d'ailleurs, valable que pour les capitaux du conjoint remarié. Les revenus, quotidiennement dépen- sables, ne sauraient être réclamés que par le ménage qui a des besoins quotidiens, c'est-à-dire par celui qui fonctionne effectivement, qui n'est pas dissous. La disposition de l'article 1527 *in fine* doit, dès lors, être interprétée largement, en conformité de la nature juridique du régime matrimonial : qu'il y ait ou non partage égal, qu'il y ait

(278) Comp. Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Société*, n° 505.

ou non communauté, la première société conjugale ne peut critiquer aucun avantage en revenus, parce qu'elle n'a plus aucun droit sur les revenus du conjoint remarié; en particulier, sous les régimes de communauté, tout ce qui est acquêt échappe à son contrôle, les acquêts étant essentiellement le produit de la seconde société. C'est donc toujours dans *cette concurrence des deux sociétés conjugales* qu'il faut chercher l'explication décisive du système de la loi : les enfants du premier lit n'agissent point en leur qualité personnelle d'héritiers réservataires, mais comme représentants de la première société conjugale. Et voilà pourquoi les enfants adoptifs n'ont pas, selon nous, l'action en retranchement : ce sont bien des héritiers réservataires, assimilables en tout aux enfants légitimes et, en tant que tels, ils sont en droit d'exiger la réduction des libéralités à la limite de l'article 1098; mais, comme ils n'ont pas derrière eux l'intérêt collectif d'un premier ménage, ils ne sauraient s'attaquer aux avantages matrimoniaux (279).

Du principe posé, les conséquences se déduisent facilement. Les règles de la réserve, de la quotité disponible et de l'action en réduction ne sauraient être appliquées aux avantages matrimoniaux. Suivant la formule de l'arrêt Firino, le renvoi à l'article 1098 détermine la mesure, non la nature de ces avantages. Sans doute l'action en retranchement ne peut-elle être exercée avant le décès du conjoint binube, car ce n'est que sur un patrimoine figé par la mort de son titulaire qu'il est possible de calculer, selon l'article 1098, la quotité maximum des avantages particuliers que la société conjugale a pu produire avec des

(279) Dans l'arrêt Vuillermet (Civ., 11 déc. 1922, S., 23. 1. 313, note approbative de M. Simonnet; D., 23. 1. 121, note approbative de M. Capitant), la Cour de cassation n'a pas tenu compte de cette distinction rationnelle : elle a dénié à l'enfant adoptif, adopté avant le mariage, le droit de faire réduire un legs dans les termes de l'article 1098.

éléments tirés de ce patrimoine. Mais rien n'empêche d'accorder aux enfants du premier lit, du vivant de leur auteur, l'exercice des actes conservatoires, lorsqu'une dissolution anticipée de la seconde société conjugale vient permettre l'appréciation globale des avantages procurés. Il va de soi que, d'après nous, seuls les enfants issus du premier mariage ont l'action en retranchement, puisque seuls ils ont qualité pour représenter le premier ménage. Nous pensons, cependant, qu'ils ne sont recevables à agir qu'autant qu'ils ont accepté la succession de leur auteur : non point que l'action leur appartienne en tant qu'héritiers réservataires; mais c'est que, s'ils ont renoncé, aucun intérêt ne justifie plus leur demande. L'action en retranchement, en effet, n'a pas pour résultat de saisir directement des biens retranchés les enfants du premier lit : elle tend seulement à faire rentrer ces biens dans le patrimoine du conjoint remarié, où ils se partageront également entre tous les enfants acceptants, de quelque lit qu'ils soient issus (art. 745). Poursuivant nos déductions, nous déciderons que la portion non retranchée des avantages matrimoniaux n'est ni rapportable, ni imputable sur l'usufruit légal du conjoint survivant, ni sujette aux droits de mutation à titre gratuit ⁽²⁸⁰⁾. Nous ajouterons que cette portion ne peut pas être imputée sur la quotité disponible : ni sur le disponible spécial de l'article 1098 (si bizarre que cela puisse paraître), ni sur le disponible ordinaire de l'article 913. En d'autres termes, l'existence d'avantages matrimoniaux laisse entièrement libre la quotité disponible, fixée par la loi pour les libéralités, soit en faveur du second conjoint, soit en faveur d'étrangers. Et il ne faut pas objecter que l'on aboutit ainsi, par un renverse-

(280) Le Fisc l'a toujours admis (Championnière et Rigaud, *Traité des Droits d'enregistrement*, IV, n° 2913), ce qui est significatif, car il sait flairer de loin les libéralités.

ment de tous les principes, au cumul de deux quotités disponibles sur la même succession; l'objection porterait à faux : autre chose est la quotité disponible définie pour les libéralités, autre chose la quotité maximum établie (par référence à la quotité disponible) pour les avantages particuliers en matière de société conjugale.

c) L'ONÉROSITÉ DES AVANTAGES MATRIMONIAUX
DANS LES HYPOTHÈSES DE DIVORCE ET DE FAILLITE.

La nature intégralement onéreuse des avantages matrimoniaux subsiste intacte dans les hypothèses de divorce et de faillite. Les déchéances respectivement édictées par les articles 299 C. civ. et 564 C. com. frappent les avantages matrimoniaux, non pas en tant que libéralités, mais en tant qu'avantages particuliers de la société conjugale.

Envisageons, d'abord, l'hypothèse de divorce. Il est certain que la déchéance prononcée par l'article 299 a le caractère d'une pénalité civile à l'encontre de l'époux coupable : celui-ci est privé, à titre pénal, des bénéfices d'ordre exceptionnel qu'avait pu engendrer à son profit le mécanisme de la société conjugale. Est-ce là quelque chose d'insolite? Nullement. Dans les sociétés ordinaires, tout le monde reconnaît qu'un associé peut être privé entièrement de sa participation aux bénéfices par une clause pénale qu'il est en son pouvoir de prévenir et d'éviter⁽²⁸¹⁾, et la Cour de cassation a formellement sanctionné cette possibilité dans un arrêt Catineau-Laroche, du 16 novembre 1858⁽²⁸²⁾. La loi se montre moins dure envers le conjoint qui a manqué à ses devoirs. Elle ne le dépouille pas totalement de sa part de bénéfices : les bénéfices normaux lui demeurent acquis, il perd seule-

(281) Pont, *Société*, I, n° 441; Lyon-Caen et Renault, II, n° 44; Vavas-
seur (7^e éd.), I, n° 467.

(282) Req., 16 nov. 1858, S., 59. 1. 382.

ment ses avantages particuliers. Il n'y a donc pas lieu de rechercher si ces avantages ont été inspirés par une intention libérale : l'intention libérale en est, par hypothèse, absente, et, aurait-elle été exprimée, elle l'aurait été vainement. Il ne faut pas non plus se demander si l'époux offensé a conçu et accepté les avantages dans l'intérêt de l'époux coupable : l'intérêt particulier de cet époux a pu être considéré, mais, par définition, c'est la prévision de l'intérêt collectif du ménage qui a été décisive. Les méthodes d'appréciation psychologique étant ainsi hors de cause, il est logique d'admettre que la déchéance de l'article 299 porte sur le profit net résultant de la balance des divers avantages matrimoniaux en présence, et non pas sur chaque avantage isolément envisagé. Ce système est unanimement reçu, sans être rationnellement expliqué, pour l'exercice de l'action en retranchement. Il s'agit, en réalité, d'une conséquence du principe, essentiel en matière de société, selon lequel toutes les combinaisons affectant la répartition des bénéfices et des pertes s'appliquent au bénéfice net et à la perte nette ⁽²⁸³⁾. Un tel système doit être étendu sans hésitation à l'hypothèse de divorce : sinon, on aboutirait à fausser du tout au tout la situation de l'un des associés dans la société conjugale. Reste un point litigieux : la déchéance de l'article 299 s'arrête-t-elle devant la disposition finale de l'article 1527 ? Cette disposition se comprend à l'égard des enfants d'un premier lit, parce que la première société conjugale n'a jamais eu de droit sur les acquêts de la seconde ; mais la même raison ne peut plus valoir à l'égard du conjoint offensé. Nous croyons, cependant, qu'il convient de maintenir la réserve de l'article 1527 *in fine* ; c'est que, à côté de son fondement théorique, spécial à l'hypothèse de secondes nocces, cette réserve a un

(283) Comp. Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Société*, n° 269.

fondement pratique, d'ordre général : savoir qu'il y aurait des difficultés inextricables pour apprécier, surtout à des années de distance, l'importance des avantages particuliers provenant de l'inégalité des revenus et travaux lucratifs. C'est une raison suffisante pour soustraire à l'action en déchéance tous les avantages en acquêts, sur la base de l'article 1527.

Considérons, maintenant, l'hypothèse de la faillite du mari. Dans l'article 564 C. com., comme dans l'article 299, il faut dédoubler le terme « avantage » : sous le nom d'avantages, les libéralités sont frappées en tant que libéralités, mais les avantages matrimoniaux sont atteints en tant qu'avantages particuliers de la société conjugale. Ce résultat est susceptible d'une explication rationnelle. La société conjugale n'encourt pas la faillite : il n'en est pas moins vrai qu'elle se trouve, du fait de la faillite du mari, dans un état très précaire, confinant à la déconfiture. Or, dans une société où les affaires vont mal, il serait paradoxal, pour ne pas dire scandaleux, que les associés pussent continuer à s'attribuer des avantages particuliers, et, qui plus est, sous les régimes de communauté, des avantages particuliers au détriment de créanciers qui sont devenus les créanciers de la société elle-même (284). Aussi comprend-on que, tout au moins dans les hypothèses où les risques courus par la société, du chef de sa participation au commerce du mari, étaient prévisibles lors de la rédaction des statuts, la société conjugale périlissante doive se liquider, de part et d'autre, sans avantages particuliers.

C. — CRITERIUM DE L'AVANTAGE MATRIMONIAL

Le critérium cherché est donné, d'après nous, par la compréhension de la notion d'avantage matrimonial.

(284) V. plus haut, p. 411-412.

Cette notion renferme plusieurs éléments constitutifs essentiels : partout où ils sont réunis, il y a avantage matrimonial; que l'un d'eux vienne à manquer, et il ne saurait plus y avoir avantage matrimonial, mais bien, suivant les cas, donation ou autre chose encore. Il importe donc de définir la notion d'avantage matrimonial, quitte à revenir ensuite sur les difficultés particulières que soulève la confrontation de cette définition avec celle des libéralités entre époux.

a) LA NOTION D'AVANTAGE MATRIMONIAL.

Il y a avantage matrimonial dans tout profit, prélèvement, avantage quelconque, rompant l'équilibre entre conjoints, et reçu de la société conjugale par l'un des époux en sa qualité d'associé. Décomposons cette définition en ses éléments.

1° *Tout profit, prélèvement, avantage quelconque, rompant l'équilibre entre conjoints.* — On reconnaît ici la transposition d'une formule créée pour les avantages particuliers en matière de sociétés par actions ⁽²⁸⁵⁾. Il faut que l'avantage rompe l'équilibre, l'égalité entre les conjoints : sinon, on retombe purement et simplement dans la notion de bénéfice normal. Mais, cela étant, l'idée de profit, de prélèvement, d'avantage, doit être largement entendue. Ordinairement — c'est le type le plus caractéristique — il s'agit de l'attribution exclusive de certains biens à l'un des époux, soit en propriété, soit en usufruit, attribution qui porte, tantôt sur une chose isolée (préciput d'une somme d'argent), tantôt sur une universalité de fait (préciput de l'argenterie ou des bijoux), tantôt sur une universalité juridique (dévolution de la totalité de la communauté au survivant). Il ne faut pas, cependant, limiter le concept d'avantage aux accroissements maté-

(285) V. plus haut, p. 783.

riels de patrimoine : nous savons qu'une clause de prélèvement de fonds de commerce moyennant indemnité constitue en soi un avantage. Il suffit que l'avantage soit économiquement appréciable. C'est une condition suffisante; mais c'est une condition nécessaire : ainsi, quoique l'on puisse discuter, en matière de société anonyme, si l'attribution d'actions de priorité, uniquement destinées à monopoliser la direction, ne constitue pas un avantage particulier, il est certain que la puissance maritale ne constitue pas un avantage matrimonial ⁽²⁸⁶⁾.

2° ... *reçu de la société conjugale*. — L'époux avantage est l'ayant cause de la société conjugale, non de son conjoint. Ainsi que nous l'avons vu, les arrêts relèvent avec soin que, sous les régimes de communauté, les avantages matrimoniaux ne produisent aucune mutation entre les patrimoines personnels, mais seulement une mutation entre le patrimoine de la communauté et le patrimoine personnel de l'époux avantage. C'est ce qui a fait dire que les avantages matrimoniaux ne pouvaient porter sur les biens propres. Ce qu'il faut dire, en réalité, c'est que les avantages matrimoniaux, quel que soit le régime adopté, proviennent nécessairement du patrimoine de la société conjugale. Mais si un avantage, caractérisé en tout, par ailleurs, comme avantage matrimonial, affecte un bien qui a toutes les apparences d'un bien personnel à l'un des époux, doit-on conclure obligatoirement qu'il y a libéralité, non avantage matrimonial ? Que non pas. Il sera, au contraire, plus exact d'admettre que le bien litigieux est entré, ne serait-ce que durant un trait de temps, dans

(286) Mais les pouvoirs d'administration du mari comme chef de la communauté — pouvoirs qui sont liés à la puissance maritale — ne sont-ils pas susceptibles d'avoir des conséquences pécuniaires traduisant la notion d'avantage matrimonial ? V. sur ce point, et pour la négative, Bertauld (*Questions pratiques et doctrinales*, II, n° 489) et Degaigne (thèse précitée, p. 71 et suiv.).

le patrimoine social, d'où la société conjugale le retransfère au conjoint avantagé ⁽²⁸⁷⁾. Cet élément constitutif n'a donc pas, *en fait*, une valeur diacritique absolue.

3° ... *par l'un des époux*. — Cette condition semble aller de soi. Pourtant, il ne faut pas oublier que, dans la société conjugale, à côté des sujets actifs, qui sont les époux-associés, il y a des sujets passifs, qui sont les enfants nés ou à naître du mariage. Conçoit-on des avantages matrimoniaux au profit de ces enfants? On se l'est demandé à propos de la clause d'affectation ou de réversion des acquêts aux enfants à naître du mariage, clause parfois usitée, même sous l'empire du Code, dans les contrats de mariage du Bordelais. La clause ne pouvait-elle pas être validée comme avantage matrimonial? Le Tribunal de Lesparre l'admit, en invoquant nettement la situation occupée par les enfants dans la société conjugale ⁽²⁸⁸⁾. Bornons-nous à constater que la thèse de la validité a finalement succombé, tant devant la doctrine ⁽²⁸⁹⁾ que devant la jurisprudence ⁽²⁹⁰⁾.

4° ... *en sa qualité d'associé*. — Nous touchons ici à l'élément essentiel de différenciation, qui fait que l'avantage matrimonial n'est pas donation, mais avantage parti-

(287) C'est le raisonnement qui doit être tenu pour les avantages en propriété que nous avons signalés (V. plus haut, p. 89 et suiv.) sous le régime de séparation de biens : avantages résultant de l'article 539 du Code de commerce, du mélange des meubles ou de certaines clauses du contrat de mariage. Ces avantages sont bien caractérisés en tout, par ailleurs, comme des avantages matrimoniaux, puisqu'ils sont engendrés par le seul mécanisme du régime matrimonial, de la société conjugale; mais ils portent, en apparence, sur les propres de l'un des époux. Il faut admettre que la société conjugale se saisit de ces biens, et, s'ils ne sont pas réclamés par leur propriétaire avec des preuves suffisantes, les attribue définitivement à l'autre conjoint à titre d'avantage matrimonial.

(288) Trib. civ. Lesparre, sous Bordeaux, 23 août 1863, S., 66. 2. 81 note Labbé; D., 66. 2. 217.

(289) Labbé, note précitée; Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, II, n° 4325; comp. Nast, *Etude sur la prohibition des pactes sur succession future*, thèse Paris 1905, nos 266 et suiv.

(290) Bordeaux, 18 août 1864, S., 63. 2. 13, et 23 août 1863, précité.

culier de la société conjugale. Toutefois, une précision est nécessaire. Les avantages matrimoniaux ne sont pas toujours attribués à l'époux de la même manière, quoiqu'ils lui soient toujours attribués en sa qualité d'associé. En matière de société anonyme, on distingue, afin de les soumettre ou non à la réglementation restrictive de la loi du 24 juillet 1867, les avantages personnels et les avantages-fonctions ⁽²⁹¹⁾. La distinction, sans avoir ici les mêmes conséquences pratiques, doit être reproduite, tant elle éclaire le sujet. Il y a des avantages matrimoniaux-fonctions, conférés impersonnellement à une fonction, dont ils sont destinés à faciliter l'accomplissement ⁽²⁹²⁾. Le type en est les gains de survie. L'époux survivant a, en effet, une fonction à remplir pour le maintien et la défense de cet intérêt collectif du ménage, qui survit à la dissolution du mariage. L'appropriation du superflu des revenus dotaux par le mari fournit un autre exemple d'avantage-fonction : cette appropriation profite à la fonction d'administrateur de la dot, bien plus qu'au mari personnellement. Tout ce qui n'est pas avantage matrimonial-fonction est avantage matrimonial personnel. Mais avantages-fonctions et avantages personnels se rejoignent dans une égale onérosité, parce que l'époux avantagé les reçoit, les uns et les autres, en sa qualité d'associé. Seulement le problème se pose de nouveau, toujours aussi irritant : comment reconnaître que l'époux reçoit un avantage en qualité d'associé et non en qualité de donataire ? S'agissant des gains de survie, nous nous sommes donné une base dans l'opposition des notions de situation juridique concrète et de situation juridique abstraite : l'époux, en tant qu'associé, se trouve placé dans une situation juridique concrète ; en tant qu'héritier, ou en tant que dona-

(291) Thaller, *Traité élémentaire*, n° 533.

(292) Comp. les observations de Saleilles, citées par nous, p. 683.

taire de biens à venir, il n'a qu'une vocation, une attente ⁽²⁹³⁾. Mais cette base, qui n'empêche pas, du reste, le problème de dégénérer en question de fait, cesse d'être applicable aux avantages matrimoniaux et aux libéralités dont l'exécution est immédiate. Ainsi, que le mari s'approprie l'excédent des revenus dotaux sur les besoins du ménage, il y a avantage matrimonial; que la femme lui fasse donation de l'usufruit de ses biens à charge de subvenir aux besoins du ménage, il y a (ou il devrait y avoir) libéralité pour l'excédent. Où gît l'élément de différenciation ? Comment sortir de la question de fait ?

b) AVANTAGES MATRIMONIAUX ET DONATIONS ENTRE ÉPOUX.

Il est un moyen très simple de sortir de la question de fait, mais il ne faut pas avoir peur d'aller un peu loin. *Il suffit de poser comme une présomption simple qu'il n'y a pas de donations entre époux par contrat de mariage* — formule assez large pour résoudre les difficultés de droit interne — et si l'on désire une formule adéquate à la solution du conflit des qualifications, *qu'il n'y a pas de transferts de valeurs à titre gratuit entre époux*. Du fait de l'existence d'un régime matrimonial, d'une société conjugale entre les époux, il n'y a plus place dans le contrat de mariage pour des donations. La société conjugale, dont l'onérosité est envahissante, attire à elle toutes les donations entre époux par contrat de mariage et les métamorphose en avantages matrimoniaux, en bénéfices sociaux. De prime abord, une telle affirmation semble peu scientifique. Mais que l'on veuille bien raisonner sur l'exemple d'une société anonyme. Si les premiers associés se consentaient, dans les statuts, des donations sur leurs apports, comment interpréterait-on rationnellement ces donations ? Comme des donations ? Non pas. Comme des

(293) V. plus haut, p. 252 et suiv.; p. 644 et suiv.

avantages particuliers? Oui. Pour la même raison, il y a lieu de présumer que toute libéralité entre époux par contrat de mariage constitue un avantage matrimonial mal qualifié. L'organisme social complexe, intégralement onéreux, absorbe dans ses replis toutes les libéralités et les convertit en avantages particuliers. Mais cette absorption n'est pas irrésistible : la présomption n'est pas irréfragable. Les parties peuvent la renverser par une manifestation de volonté expresse. Seulement il convient de se montrer rigoureux pour admettre un tel renversement. Il ne suffira pas que les futurs aient exprimé, positivement, l'intention de faire une donation, mais bien, négativement, l'intention formelle de ne pas stipuler un avantage matrimonial. A défaut d'une manifestation de volonté aussi univoque des parties, il faut, croyons-nous, présumer l'avantage matrimonial dans l'interprétation de tout contrat de mariage ⁽²⁹⁴⁾, de même que, à défaut d'une disposition univoque — comparable à celle de notre article 767 — de la loi étrangère ou de la loi abrogée, il faut, en matière de conflit de législations, présumer la qualification matrimoniale pour tout gain de survie légal. Ce système — conséquence ultime de la nature juridique du régime matrimonial en tant que société personnifiée — nous paraît seul capable de donner une signification rationnelle aux tendances jurisprudentielles déjà décrites ⁽²⁹⁵⁾, en Droit interne comme en Droit international privé.

(294) Comp. les remarques de Coin-Delisle, article précité, n° 14, p. 13.

(295) V. plus haut, p. 250 et suiv.; p. 650 et suiv.; p. 729 et suiv. Comp. en ce sens, pour la jurisprudence de Droit international privé, Donnedieu de Vabres, thèse précitée, p. 306.

CONCLUSION

Au terme de notre étude, il nous apparaît, en somme, que, *du seul fait du mariage, la loi établit entre les époux une société civile investie de la personnalité morale, la société conjugale (ou ménage), dont les éléments constitutifs sont donnés par la réglementation même des régimes matrimoniaux, et parfois, à côté de cette société, une fondation privée, la fondation dotale, dont les pièces constitutantes s'identifient avec les règles de la dotalité.* La nature juridique du régime matrimonial se trouve, de la sorte, entièrement déterminée : le régime matrimonial n'est pas une institution juridique pleinement autonome, se suffisant à elle-même, c'est une variété d'une institution juridique plus compréhensive, qui est la société (et subsidiairement, au cas de dotalité, la fondation). Le régime matrimonial est une adaptation de la société personnifiée à l'objectif économique particulier poursuivi par les époux dans le mariage. La clef de sa nature juridique réside donc dans les deux notions, indissolublement liées, de société et de personnalité morale. D'aucuns regretteront peut-être — hostiles à l'idée de personnalité morale — que nous n'ayons pu expliquer cette nature juridique qu'au prix d'une personnification (et même, pour le régime dotal, d'une double personnification). Mais c'est qu'on n'a encore rien trouvé de mieux que la personnalité morale pour concrétiser les intérêts collectifs — de même que l'on n'a rien trouvé de mieux que la per-

sonnalité physique pour concrétiser les intérêts individuels. Or, nous avons constaté qu'il existe un intérêt collectif du ménage, un intérêt collectif de la famille, qui reçoivent dans les régimes matrimoniaux une organisation adéquate : cela nous suffit.

Nous ne sommes point de ceux qui pensent qu'une idée est vraie dans la mesure où elle est pratiquement utile : nous sommes porté à croire, tout à l'inverse, que la commodité d'une idée est fonction de sa vérité — de sa vérité saisie par une démonstration à la fois expérimentale et rationnelle. Néanmoins, nous ne pouvons nous empêcher de remarquer que, pour des pragmatistes, la construction juridique que nous venons de proposer ne saurait être qu'une vérité, parce qu'elle n'offre pas seulement un intérêt doctrinal, mais aussi une valeur pratique certaine. Elle contient, en effet, une infinité de solutions de détail. Beaucoup ont été signalées tout le long de cette étude, à des propos très divers. Citons au hasard : le mécanisme du passif commun, la détermination du régime légal en Droit international privé, le traitement des avantages matrimoniaux, etc. La liste des questions examinées par nous n'est nullement limitative. Nous estimons que les notions de société et de personnalité morale constituent la clef de toutes les difficultés propres à la matière des régimes matrimoniaux, car ce sont elles qui traduisent la nature juridique du régime matrimonial, et il n'est pas, en notre matière, une difficulté de droit positif qui, de près ou de loin, ne mette en jeu cette nature juridique. On pourrait même — mais nous ne le pouvions pas dans le cadre que nous' imposaient les nécessités de la démonstration — on pourrait même reprendre le sujet tout entier des régimes matrimoniaux en développant systématiquement cette proposition initiale que la loi établit entre les époux une société personnifiée : on ferait ainsi, sur la base du Droit positif, un traité de la société conjugale, en syn-

chronie parfaite, quant à la méthode, avec tel ou tel traité des sociétés civiles, déjà existant. Ce faisant, d'ailleurs, sur bien des points, les conclusions auxquelles on aboutirait ne seraient pas, pratiquement, très éloignées de celles qui sont admises dans la doctrine et la jurisprudence actuelles. Ainsi que nous l'avons relevé à maintes reprises, la doctrine et, plus encore, la jurisprudence se plaisent à agir, devant chaque problème de détail, *comme si* le mariage créait une société, *comme s'il* interposait un être de raison, le ménage, ayant des besoins, des intérêts, des droits distincts de ceux des époux. Nous n'avons fait qu'éliminer le « comme si » pour embrasser directement ce qui est la réalité. Le présent travail n'a donc, à vrai dire, aucun mérite propre : il se borne à exprimer des tendances latentes chez autrui. Qu'il nous soit permis de transposer ici une comparaison célèbre de Leibniz : des veines invisibles dessinaient d'avance, dans le bloc de marbre, la figure de la société conjugale personnifiée; pour faire apparaître la figure, le ciseau du statuaire n'a eu que la peine de faire tomber les parties de marbre qui la voilaient. Il n'aura pas été inutile, cependant, d'énoncer en termes clairs ce que les interprètes, jusqu'ici, pensaient sans le dire, ou même ressentaient confusément sans le penser consciemment : en exprimant et en définissant la notion de société conjugale, on permet de donner, à la fois, plus d'ampleur et plus de précision au développement des conséquences pratiques dont elle est le point de départ.

La construction juridique que nous proposons est donc susceptible de faciliter l'interprétation doctrinale et jurisprudentielle. Présente-t-elle autant d'utilité pour le législateur que pour l'interprète? Après nous être abstenu si longuement de toute incursion dans le domaine législatif, nous ne voudrions pas terminer sans ouvrir quelques horizons sur la *lex ferenda*. Disons nettement, dès l'abord,

que nous ne songeons point à demander à la *lex ferenda* une disposition générale consacrant les notions de société conjugale et de ménage. Ce n'est pas que la loi soit techniquement impuissante à sanctionner une opinion touchant la nature juridique du régime matrimonial : aussi bien avons-nous vu que Laurent projetait de codifier la théorie de la communauté-indivision; aussi bien constatons-nous que le Code civil suisse donne force législative au concept d'union conjugale. Mais il est vain que la loi parle haut, si les interprètes sont résolus à ne pas entendre; et, d'autre part, il importe peu que la loi ne statue pas directement sur la nature juridique du régime matrimonial, si les interprètes savent retrouver les linéaments de cette nature juridique sous les textes concrets qui en font application. Nous ne réclamons donc pour notre système aucune place privilégiée, aucune consécration abstraite, dans une problématique revision d'ensemble du Code civil. Mais il en va autrement s'il s'agit d'apporter des réformes partielles au Droit matrimonial — question qui ne cesse pas d'être à l'ordre du jour depuis plus de trente ans. Nous croyons que le législateur aurait tort de ne pas considérer les répercussions possibles de ces réformes du point de vue de la nature juridique du régime matrimonial, en tant que société personnifiée. Ce n'est que par là qu'il peut toucher du doigt les limites de son pouvoir d'action. La nature juridique du régime matrimonial est dotée, en effet, d'une telle force d'attraction qu'elle tend à infléchir toute règle nouvelle dans le sens des concepts de société et de personnalité morale. C'est ce qui s'est produit avec la loi du 13 juillet 1907, qui n'a trouvé son équilibre qu'en venant s'insérer dans le cadre de la notion de ménage, donc de la notion de société conjugale personnifiée. C'est ce qui se reproduira fatalement pour toutes les réformes à venir, quelle que soit leur orientation. Un premier courant de réformes vise à améliorer la situation de la femme

dans la société conjugale. Une telle préoccupation est spécialement relative aux régimes de communauté. On disait, au début du siècle, que l'épouse commune en biens n'était pas une associée, et qu'il fallait en faire une associée. Nous savons ce que vaut l'argument : l'épouse commune en biens est réellement une associée, puisque, sous tous les régimes, la femme mariée a cette qualité. Ce qui est vrai, c'est que, en fait plutôt qu'en droit — on assure ordinairement l'inverse : en droit plutôt qu'en fait; mais où donc est le texte qui fait du mari un administrateur irresponsable? — en fait plutôt qu'en droit, la femme commune en biens est une associée paralysée. Ce qui est vrai aussi, c'est que, en fait plutôt qu'en droit, l'actionnaire est, dans la société anonyme, un associé paralysé. Tous deux renoncent à la libre disposition de leurs parts de bénéfices positifs, en échange de droits assez captieux sur les réserves. La protection de la femme dans la communauté et de l'actionnaire dans la société anonyme sont deux problèmes qui marchent de pair, qui sollicitent parallèlement l'attention législative et qui aboutiront peut-être l'un et l'autre à des lois impuissantes. Les lois seront impuissantes parce qu'elles se heurteront à des faits plus forts qu'elles : au sein de la notion de société, la science viendra à bout de la technique. Une seconde tendance réformatrice vise à favoriser le développement du régime de séparation de biens au détriment des régimes de communauté. Nous sommes à même d'apprécier l'exakte portée de cette tendance : c'est la substitution d'un type de société à un autre, et rien de plus. Et s'imagine-t-on, du reste, qu'une telle substitution serait techniquement aisée? Le législateur pourrait-il, s'il le voulait, extirper la communauté de biens? En vérité, il y serait impuissant, du moins tant qu'il laisserait subsister les donations entre époux par contrat de mariage. La séparation de biens, accompagnée d'une institution contractuelle réciproque, ressuscitera la

communauté; la libéralité se solidifiera en avantage matrimonial. Il n'est même pas besoin d'un avantage convenu par les parties : l'avantage successoral, grossi (tendance de la loi du 3 décembre 1930), solidifié (par le jeu de l'autorisation maritale et de l'hypothèque de la femme), fera repousser la communauté légale sur le terrain d'où l'on croira l'avoir arrachée. Ici, ce sera la technique qui annihilera la science. On entrevoit la complexité de ces problèmes : ce n'est que par une considération approfondie de la nature juridique du régime matrimonial, en tant que société personnifiée, que le législateur pourra éviter de légiférer dans l'inconnu.

VU, POUR LE DOYEN :

L'Assesseur,

FERRADOU.

VU, BON A IMPRIMER :

Le Président,

J. BONNECASE.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Bordeaux, le 18 avril 1932,

Le Recteur de l'Académie,

F. DUMAS.

Les visas exigés par les règlements ne sont donnés qu'au point de vue de l'ordre public et des bonnes mœurs. (Délibération de la Faculté du 12 août 1879.)

BIBLIOGRAPHIE

I. — Ouvrages anciens.

- ABLEIGES (Jacques d'). — Grand Coutumier de France. éd. Laboulaye et Dareste, Paris, 1868.
- ALCIAT. — Opera omnia, 4 vol., éd. Bâle, 1582.
- ARGENTRÉ (Bertrand d'). — Commentarii in patrias Britonum leges, 3^e éd., Paris, 1621.
- BARTOLE. — Omnia quæ exstant opera, 10 vol., Venise, 1602.
- BEAUMANOIR. — Coutumes de Beauvaisis, éd. Salmon, 2 vol., Paris, 1899-1900.
- BORNIER. — Conférences des nouvelles ordonnances de Louis XIV, 2 tomes, Paris, 1700.
- BOUHIER. — Observations sur la coutume du duché de Bourgogne, 2 vol., Dijon, 1787.
- BOULLENOIS. — Questions sur les démissions de biens, 1727.
— Traité de la personnalité et de la réalité des lois, 2 vol., Paris, 1766.
- BOURDOT DE RICHEBOURG. — Coutumier général, 4 vol., Paris, 1724.
- BOURJON. — Le droit commun de la France et la coutume de Paris réduits en principes, 2 vol., Paris, 1770.
- BRETONNIER. — Recueil par ordre alphabétique des principales questions de droit, 4^e éd., 2 vol., 1769.
- BRODEAU. — Coutumes de la prévôté et vicomté de Paris, 2 vol., Paris, 1669 (le tome II contient les Coutumes notoires du Châtelet de Paris).
- CAPONE. — Tractatus de dote, 1733.
- CHASSENEUZ. — In consuetudines Ducatus Burgundiæ Commentarii Paris, 1532.
- COQUILLE (Guy). — Coutumes du pays et duché de Nivernais, 4^e éd., 1633.
- CUJAS. — Opera omnia, éd. Fabrot, Naples, 1722-1727, 11 vol.
- DENISART (Nouveau). — Collection de décisions nouvelles... mise dans un nouvel ordre, corrigée et augmentée par CAMUS et BAYARD, t. I à VII, Paris, 1783-1788.
- DOMAT. — Les Lois civiles dans leur ordre naturel et le Droit public, nouv. éd., 2 vol., Paris, 1777.
- DONEAU. — Commentarii de jure civili (Opera omnia, éd. de Rome, 12 vol., 1828-1833).

- DUMOULIN. — Opera omnia, Paris, 1681.
- ERASME. — Διατριβή seu Collatio de libero arbitrio, éd. Leclerc, 9 tomes, Leyde, 1703-1796, t. IX.
- FACHIN. — Controversiae, Lyon, 1609.
- FELICIUS. — Tractatus de communione seu societate, deque lucro ac questu, damno, itidem ac expensis, 1638.
- FERRIÈRE (Claude de). — Corps et compilation de tous les commentateurs sur la coutume de Paris, 2^e éd., 4 vol., Paris, 1714.
- FEVRET. — Traité de l'Abus et des appellations, nouv. éd., 2 vol., Lyon, 1736.
- FONTANELLA. — De pactis nuptialibus sive capitulis matrimonialibus tractatus.
- FROLAND. — Mémoires concernant la nature et la qualité des statuts, 2 vol., Paris, 1729.
- JULIEN. — Eléments de jurisprudence, 1785.
- LAURIÈRE (Eusèbe de). — Notes sur la coutume de Paris, 1698.
- LEBRUN. — Traité de la communauté entre mari et femme, Paris, 1754.
- LIVRE de Justice et de Plet, éd. Rapetti, Paris, 1850.
- LOYSEL (Antoine). — Institutes coutumières, éd. Dupin et Laboulaye, 2 vol., Paris, 1846.
- LUTHER. — De servo arbitrio. Opera latina, Francfort, 1873, t. VII.
- MASUER. — Practica forensis, diverses éd. latines à partir de 1510.
- OLIVE (Simon d'). — Questions notables du droit, Lyon, 1649.
- PHILON. — Commentaire allégorique des Saintes Loix d'après l'œuvre des six jours, éd. Bréhier, Paris, 1909.
- POLYPTYQUE de l'abbé Irminon, éd. Guérard, 3 vol., 1844.
- POTHIER. — Œuvres complètes, éd. Berville, 26 vol. Paris, 1821-1824, en particulier :
- Traité de la communauté, 2 vol.
 - Traité du contrat de mariage.
 - Traité du contrat de société.
 - Traité des obligations, 2 vol.
 - Coutumes d'Orléans, 3 vol.
 - Pandectae justinianae in novum ordinem digestae, 3 vol., Lyon, 1782.
- POULLAIN DU PARC. — Principes du droit français suivant les maximes de Bretagne, Rennes, 1767-1771, 12 vol.
- PRÉVÔT DE LA JARÈS. — Principes de jurisprudence française, 2 vol., 1750.
- ROUSSILHE. — Traité de la dot, 1785 (réédité par Sacaze, Paris, 1851).
- SALVIAT. — Jurisprudence du Parlement de Bordeaux, nouv. éd., Paris, 1824.
- TIRAQUEAU. — Ex commentariis in Pictonum consuetudines sectio de legibus connubialibus et jure maritali, Lyon, 1616.
- VEDEL. — Observations sur les « Arrêts remarquables du Parlement de Toulouse », recueillis par Catellan, 1747.

VERACIUS (Jŭstus). — Libellus consuetudinum principatus Bambergensis, 1681.

VOET (Jean). — Commentarius ad Pandectas, 2 vol., Genève, 1778.

WESEL (Abraham). — De connubiali bonorum societate tractatus, Gand, 1730.

II. — Ouvrages modernes. Articles de revues.

Principales notes d'arrêts.

ACOLLAS. — Manuel de droit civil... contenant l'exégèse du Code Napoléon et un exposé complet des systèmes juridiques, 2^e éd., 4 vol., 1877.

ALAUZET. — Commentaire du Code de commerce, 3^e éd., 8 vol., Paris, 1879.

ALLIX et LECERCLÉ. — L'impôt sur le revenu, 3 vol., Paris, 1926.

AL-SANHOURY. — Les restrictions contractuelles à la liberté individuelle du travail en droit anglais. Thèse Lyon, 1923.

ALVAREZ (Alexandre). — De l'influence des phénomènes politiques, économiques et sociaux sur l'organisation de la famille moderne. Thèse Paris, 1899.

ARANGIO RUIZ. — Corso di Istituzioni di diritto romano, Naples, 1924-1923.

ARMINJON (P.). — Précis de droit international privé. 2 vol., Paris, 1927-1929.

— Les sociétés, les associations et les fondations en droit international privé. *Rev. de droit internat. et de législ. comp.*, 1927, p. 360 et suiv.

ARTHUYS. — Traité des sociétés commerciales, 2 vol., Paris, 1906.

AUBÉRY. — La communauté de biens conjugale. Thèse Paris, 1910.

AUBRY et RAU. — Cours de droit civil français, 5^e éd. par RAU, FALCIMAIGNE, GAULT, et spécialement BARTIN, 12 vol., Paris 1897-1922.

AUDINET (Eugène). — Principes élémentaires de droit international privé, 2^e éd., Paris, 1906.

— Du conflit entre les lois personnelles des époux lorsque la femme, française ou étrangère, conserve sa nationalité primitive. *Chunet*, 1930. p. 319-334.

AUGÉE. — Nature juridique du concordat en matière de faillite. Thèse Paris, 1910.

AVOLLÉE. — Des sociétés entre époux. Thèse Paris, 1903.

BAR (VON). — Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts, 2 vol., Hanovre, 1889.

BARTIN. — Etudes de droit international privé, Paris, 1899.

— Principes de droit international privé. Paris, 1930 (t. I).

— Les actions dotales, préface. Travaux et mémoires des Facultés de Lille, 1892.

— Notes sur la 3^e édition d'AUBRY et RAU. V. AUBRY et RAU.

- BASTID. — De la fonction sociale des communautés taisibles dans l'ancien droit. Thèse Paris, 1916.
- BATTUR. — Traité de la communauté de biens entre époux, 2 vol., Paris, 1830.
- BAUDRY-LACANTINERIE. — Précis de droit civil, 12^e éd. par GUYOT, t. III, Paris, 1922.
- Traité théorique et pratique de droit civil, avec la collaboration de divers auteurs, 3^e éd., 1905-1907 :
- Du contrat de mariage ou des régimes matrimoniaux, avec la collaboration de LE COURTOIS et SURVILLE, 3 vol.
- Des personnes, avec la collaboration de HOUQUES-FOURCADE, 5 vol.
- De la société, avec la collaboration de WAHL, 1 vol.
- Des successions, avec la collaboration de WAHL, 3 vol.
- Du nantissement, des privilèges et hypothèques, avec la collaboration de M. DE LOYNES, 3 vol.
- Supplément, 5 vol. V. BONNECASE.
- BECHMANN. — Das römische Dotalrecht, 2 vol., Erlangen, 1863-1867.
- BÉDARRIDE. — Droit commercial, commentaire du Code de commerce, spécialement : Des sociétés, 3 vol., Aix, 1872.
- BEL. — Le groupement des parts bénéficiaires et la loi du 23 janvier 1929. Thèse Lyon, 1929.
- BELLOT DES MINIÈRES. — Du contrat de mariage, 1826.
- Le contrat de mariage considéré en lui-même, 1835.
- Régime dotal et communauté d'acquêts, 4 vol., 1833.
- BENOIST. — L'action commune des époux sous le régime de séparation de biens contractuelle. Thèse Paris, 1909.
- BENOÎT. — Traité de la dot, 2 vol., 1829.
- BÉQUIGNON (Charlotte). — Note sous Paris, 24 juill. 1928, S., 29. 2. 97 (la fraude du mari dans l'administration de la communauté).
- BERNARD et BONNECASE. — La femme mariée commerçante d'après la loi du 13 juillet 1907. *Rev. trim.*, 1910, p. 5 et suiv.
- BERTAULD. — Questions pratiques et doctrinales de Code Napoléon, 2 vol., 1867-1869.
- De l'hypothèse légale des femmes mariées sur les conquêts de communauté, 2^e éd., 1863 (en appendice au Traité de la subrogation à l'hypothèque légale).
- BERTHÉLEMY. — Traité élémentaire de droit administratif, 11^e éd., Paris, 1926.
- BEUDANT (Ch.). — Cours de droit civil français, Paris, 1896.
- Note sous Besançon, 25 mars 1891, D., 93. 2. 1. (inaliénabilité et affectation).
- BINET (Pierre). — La femme dans le ménage. Essai sur la nature de ses pouvoirs d'après la pratique et la législation contemporaine. Thèse Nancy, 1904.
- BOECK (Ch. de). — Note sous Paris, 7 déc. 1887, D., 88. 2. 265 (le régime matrimonial légal en droit international privé).

- BOIFFIN. — Du point de départ des effets du contrat de mariage. Thèse Rennes, 1930.
- BOISTEL. — Le droit dans la famille, Paris, 1864.
- Cours de philosophie du droit, 2 vol., Paris, 1899.
- Précis de droit commercial, 1^{re} éd., Paris, 1875; 3^e éd., Paris, 1884.
- BOITARD et COLMET-DAAGE. — Leçons de procédure civile. 14^e éd., par GLASSON, 2 vol., Paris 1885.
- BONCENNE. — Théorie de la procédure civile, 2^e éd. (avec la collaboration de BOURBEAU, 7 vol., Paris, 1837-1863).
- BONFANTE (P.). — Istituzioni di diritto romano, 7^e éd., Rome, 1920.
- Corso di diritto romano, 3 vol., Rome, 1923-1928.
- BONNECASE. — Introduction à l'étude du Droit, 2^e éd., Paris, 1931.
- L'Ecole de l'Exégèse en Droit civil. Les traits distinctifs de sa doctrine et de ses méthodes, d'après les professions de foi de ses plus illustres représentants, 2^e éd., Paris, 1924.
- La philosophie du Code Napoléon appliquée au Droit de famille. Ses destinées dans le droit civil contemporain, 2^e éd., Paris, 1928.
- Science du Droit et Romantisme. Le conflit des conceptions juridiques en France de 1880 à l'heure actuelle.
- Science du Droit civil. Considération sur son état présent. Paris, 1931.
- Supplément au Traité théorique et pratique de Droit civil, par BAUDRY-LACANTINERIE et divers collaborateurs, Paris, t. I, 1924; t. II, 1923; t. III, 1926; t. IV, 1928; t. V, 1930.
- Traité des sociétés civiles et commerciales de Vavas seur, 7^e éd., en 3 vol. (en collaboration avec MOLIÉRAC et RAULT), t. I, Paris, 1931.
- Traité de Droit commercial maritime, Paris, 1923.
- Le Droit commercial maritime. Son particularisme, 2^e éd., 1934.
- De la condition juridique de l'apport dans l'association en participation. *Ann. de droit comm.*, 1908, p. 5-26.
- L'institution de la communauté continuée. Contribution à l'étude de la réforme du Droit matrimonial français. *Ann. de l'Université de Grenoble*, 1909, p. 608-633.
- Le féminisme et le régime dotal. Thèse Toulouse, 1903.
- BONNECORSE DE LUBIÈRES (G. DE). — La condition des gens mariés en Provence aux XIV^e, XV^e et XVI^e siècles. Thèse posthume, Aix, 1929.
- BOSVIEUX. — De la notion d'avantage particulier. *Journ. des soc.*, 1927, p. 65-88.
- BOUVIER-BANGILLON. — Note sous Cass. civ., 23 janv. 1912, D. 12. 1. 481 (société entre époux et association conjugale).
- BRANDILEONE. — Contributo alla storia della comunione dei beni matrimoniali in Sicilia (extrait de la *Rivista italiana di sociologia*, anno IX, fasc. II, mars-avril 1903).

- BRAVARD-VEYRIÈRES. — Traité de droit commercial, 2^e éd., par DEMANGEAT, 6 vol., Paris, 1890.
- Manuel de droit commercial, 7^e éd., par DEMANGEAT, Paris, 1868.
- BRISSAUD. — Cours d'histoire générale du droit français, 2 vol., Paris, 1904.
- BROCHER. — Nouveau traité de droit international privé, Genève, 1876.
- BRUNNER (H.). — Zur Rechtsgeschichte der Römischen und Germanischen Urkunde, Berlin, t. I, 1880.
- BUREAU. — Le homestead, Paris, 1895.
- BUTEL. — Etude critique sur l'idée de personnalité civile de la communauté. Thèse Paris, 1901.
- CALEB. — Essai sur le principe de l'autonomie de la volonté en droit international privé. Thèse Strasbourg, 1927.
- CAPITANT. — Introduction à l'étude du droit civil, 5^e éd., Paris, 1929.
- De la cause des obligations, Paris, 1923.
- Précis de législation industrielle (en collaboration avec CUCHE), Paris, 1927.
- L'indivision héréditaire. *Rev. crit.*, 1924, p. 19-36 et 84-100.
- De la clause donnant au survivant des époux la faculté de prélever le fonds de commerce exploité par eux. *Rev. crit.*, 1927, p. 21 et suiv.
- De l'indivision qui suit la dissolution de la communauté de biens entre époux. *Rev. crit.*, 1929, p. 63-123.
- Note sous Cass. civ., 27 mars 1923, D. 23. 1. 161 (nature juridique des avantages matrimoniaux dans l'hypothèse de secondes noces).
- CARRÉ et CHAUVEAU. — Lois de la procédure civile et administrative, 4^e éd., 11 vol., 1862-1873.
- CARRIÉ. — De la masse des créanciers dans la faillite et la liquidation judiciaire. Thèse Montpellier, 1926.
- CARRIER. — Traité sur les engagements qui se forment sans convention et sur le contrat de mariage, Dijon, 1818.
- CAUWÈS. — Cours d'économie politique, 3^e éd., 4 vol., Paris, 1893.
- CÉLICE. — Du concours à un même partage d'un conjoint divorcé et d'un conjoint survivant avantagés successivement par le *de cujus*. *Rev. crit.*, 1924, p. 272-296, 334-377.
- CHABOT (de l'Allier). — Questions transitoires sur le Code civil, relatives à son autorité sur les actes antérieurs à sa promulgation, 3 vol., Dijon, 1829.
- CHAMPCOMMUNAL. — Un conflit de lois à l'ordre du jour : Le ménage à nationalités différentes. *Rev. de droit internat. privé*, 1929, p. 1-24.
- CHAMPEAUX. — Etude sur la notion juridique de l'acte à titre gratuit en droit civil français. Thèse Strasbourg, 1930.
- CHAMPIONNIÈRE et RIGAUD. — Traité des droits d'enregistrement, 6 vol., 1839-1881.

- CHAUVIN. — Etude sur la nature juridique de la communauté entre époux. Thèse Caen, 1906.
- CHÉNON. — Histoire générale du droit français public et privé, 2 vol. parus, Paris, 1926.
- CHÉRON (Albert). — Etude sur l'adage : « Uxor non est proprie socia, sed speratur fore ». Thèse Paris, 1901.
- La contribution des époux aux charges du ménage et la loi du 13 juillet 1907. *Rev. trim.*, 1909, p. 758.
- CHIARO (E. DEL). — Le contrat de société en droit romain. Thèse Nancy, 1928.
- CICCAGLIONE. — Origine e sviluppo della comunione dei beni fra coniugi in Sicilia. Extrait de *Archivio storico per la Sicilia orientale*, 1906, fasc. 1.
- COIN-DELISLE. — Commentaire analytique du titre des donations et des testaments, 1841.
- Examen doctrinal de la jurisprudence des arrêts sur l'article 1525 du Code Napoléon. *Rev. crit.*, 1862, p. 1-23, 193-220 et 481-513.
- COLIN et CAPITANT. — Cours élémentaire de droit civil français, 3 vol., 4^e éd., Paris, 1923-1925.
- COLLINET. — Etudes historiques sur le droit de Justinien. t. I, Paris, 1912.
- Le rôle de la doctrine et de la pratique dans le développement du droit romain privé au Bas-Empire. *Nouv. rev. hist.*, 1929, p. 5-35.
- COLMET DE SANTERRE. — Notes sur le Cours analytique de Demante, (à partir du t. IV), 1838-1884.
- COMMAILLE. — Traité du contrat de mariage suivant les principes du Code civil, Paris, 1804.
- COPPER-ROYER (Jacques). — Le régime des parts bénéficiaires depuis la loi du 23 janvier 1929. Thèse Paris, 1931.
- COQUET. — Les fondations privées d'après la jurisprudence française. Thèse Poitiers, 1908.
- CORDONNIER. — La loi du 23 janvier 1929 sur les parts bénéficiaires. *Journ. des soc.*, 1929, p. 257-281 et 321-367.
- CORNIL. — Droit romain. Aperçu historique sommaire, Bruxelles, 1921.
- COTTET. — De la nullité des sociétés entre époux. Thèse Lyon, 1920.
- COUMAROS. — Le rôle de la volonté dans l'acte juridique. Etude critique de la conception classique. Thèse Bordeaux, 1931.
- COURTOIS. — De la nature juridique des clauses dites « conventions de mariage ». Thèse Caen, 1924.
- CROIZAT. — La notion d'avantage matrimonial. *Rev. crit.*, 1928, p. 151-210.
- CUBAIN. — Traité des droits des femmes en matière civile et commerciale, Paris, 1842.

- CUCHE. — Du rapport de dépendance, élément constitutif du contrat de travail. *Rev. crit.*, 1913, p. 412.
- CUQ. — Manuel des Institutions juridiques des Romains, 2^e éd., Paris, 1928.
- CURTI-FORRER. — Commentaire du Code civil suisse. Trad. PORRET, Neuchâtel, 1912.
- DABIN. — Les récentes destinées de la théorie de la cause des obligations, Belgique, 1929.
- DALMBERT. — Note sous Rouen, 20 févr. 1897, S. 99. 2. 241 (la notion d'avantage matrimonial dans l'art. 299 C. civ.).
- DEGAIGNE. — De la nature juridique des avantages entre époux. Thèse Paris, 1898.
- DEGAND. — Des conditions modificatives du partage égal de la communauté entre époux. Thèse Paris, 1916.
- DELAMARRE et LEPOITTEVIN. — Traité théorique et pratique de droit commercial, Paris, 1861.
- DELANGLE. — Des sociétés commerciales, Paris, 1843.
- DELVINCOURT. — Cours de Code civil, Dijon, 1834.
- DEMANGEAT. — V. BRAVARD-VEYRIÈRES.
- DEMANTE (A.-M.). — Cours analytique de Code civil. Continué et annoté par COLMET DE SANTERRE, 9 vol., Paris, 1849-1884.
- DEMOGUE. — Traité des obligations en général, 6 vol., 1923-1932.
- DEMOLOMBE. — Cours de Code Napoléon, 31 vol., Paris, 1869-1882.
- DENOIS DE SAINT-MARC. — Le concubinage. Thèse Bordeaux, 1927.
- DEREUX (G.). — Etude des diverses conceptions actuelles du contrat. *Rev. crit.*, 1901, p. 513 et suiv.; 1902, p. 402 et suiv.
— De l'interprétation des actes juridiques privés. Thèse Paris, 1903.
- DEREUX (R.). — Le budget matrimonial. Thèse Lille, 1923.
- DESPAGNET et DE BOECK. — Précis de droit international privé, 5^e éd., Paris, 1909.
- DEVILLENEUVE. — Note sous Req., 27 janv. 1837, S. 37. 1. 161 (l'obligation solidaire des époux sous le régime de séparation de biens).
- DIEGO (Clemente de). — Instituciones de derecho civil español.
- DONNEDIEU DE VABRES. — L'évolution de la jurisprudence française en matière de conflit des lois. Thèse Paris, 1905.
- DREYFUS (G.). — L'acte juridique en droit international. Thèse Paris, 1904.
- DROIN. — Les effets généraux du mariage et le régime matrimonial, Genève, 1916.
- DUFOUR. — Essai d'une théorie juridique des comptes courants. *Rev. de l'Acad. de législ. de Toulouse*, IX.
- DUGUIT. — Traité de droit constitutionnel, 3^e éd., en 3 vol., Paris, T. I (1927).
- DUNCKER. — Das Gesamteigentum, Marburg, 1843.

- DUPUIS. — De la clause de reprise du fonds de commerce. Thèse Paris, 1931.
- DURANTON. — Cours de droit français suivant le Code civil, 3^e éd., 24 vol., Paris, 1834-1837.
- DUVERGIER. — Continuation de la 5^e édition du Droit civil de Toullier, 6 vol., Paris, 1830-1839. Spécialement : Contrat de société.
- EGGER. — Das Familienrecht des schweizerischen Zivilgesetzbuches, Zurich, 1914.
- ENAULT. — Du régime matrimonial des époux mariés sans contrat en droit international privé. Thèse Paris, 1891.
- ENDEMANN. — Handbuch des deutschen Handelsrecht.
- ERNST. — La cause est-elle une condition essentielle pour la validité des conventions ? Bibliothèque du jurisconsulte et du publiciste, 1826, I, p. 250-264.
- ESMEIN. — Le mariage en droit canonique, 2 vol., 1^{re} éd., Paris, 1891.
- ESPINAS. — Les sociétés animales. Thèse lettres Bordeaux, 1877 (L'introduction historique a été publiée postérieurement à part).
- EYQUEM (A.). — Le régime dotal, son histoire, son évolution et ses transformations au XIX^e siècle sous l'influence de la jurisprudence et du notariat, Paris, 1903.
- EYQUEM (R.). — Essai sur la capacité des associations avant et après la loi du 1^{er} juillet 1901. Thèse Bordeaux, 1903.
- FERRON. — Les donations déguisées ou par personnes interposées dans l'article 1099 du Code civil (extrait de la *Rev. crit.*, 1911, p. 41 et suiv.).
- Note sous Cass. civ., 7 déc. 1898, S., 1900. I. 429 (nature des pouvoirs du mari sur les biens communs).
- Note sous Cass. civ., 2 août 1899, S., 1900. I. 233 (nature juridique des avantages matrimoniaux).
- FILDERMANN. — Nature juridique de la transmission par décès. Thèse Paris, 1909.
- FINOCCHIARO-SARTORIO. — La comunione dei beni tra coniugi nella storia del diritto italiano, Milan, 1902.
- IORE. — Droit international privé (1^{re} trad. par PRADIER-FODÉRÉ en 1875).
- FOELIX. — Traité de droit international privé, 4^e éd., revue par DEMANGEAT, 2 vol., Paris, 1866.
- FOLLEVILLE (D. DE). — Traité du contrat pécuniaire de mariage et des droits respectifs des époux quant aux biens, Paris, 1883.
- GAIN. — Commentaire de la loi du 23 janvier 1929, D., 29. I. 49.
- GARSONNET et CÉZAR-BRU. — Traité théorique et pratique de procédure civile, 3^e éd., 9 vol., Paris, 1912-1925.
- GARY. — Les notions d'universalité de fait et d'universalité de droit. Thèse Bordeaux, 1931.
- GAUDEMET. — Note sous Req., 25 avril 1910, S., 13. I. 481 (la notion de bénéfice).

- GAZIN. — Essai critique sur la notion de patrimoine dans la doctrine classique. Thèse Dijon, 1911.
- GÉGOUT. — Filiales et groupements de sociétés. Etude juridique de l'intervention d'une société dans la constitution et le fonctionnement d'une autre société. Thèse Paris, 1929.
- GÉNESTAL. — La tenure en bourgage. Thèse Paris, 1900.
- La femme mariée dans l'ancien droit normand. *Nouv. rev. hist.*, 1930, p. 472-503.
- GÉNY. — Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, 2 vol., 2^e éd., Paris, 1919.
- Science et technique en droit privé positif. Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique, 4 vol., Paris, 1914-1924.
- Contribution à l'étude de la question des biens réservés (extrait du *Bull. de la Soc. d'études législ.*, 1902, p. 153).
- Les apports en immeubles aux associations déclarées et non reconnues d'utilité publique. *Rev. trim.*, 1930, p. 653 et suiv.
- Note sous Cass. civ., 20 janv. 1930, S. 30. 1. 284 (même question).
- Le particularisme du droit fiscal. *Rev. trim.*, 1931, p. 797 et suiv.
- GIDE (Charles). — Cours d'économie politique, Paris, t. I, 6^e éd., 1920, t. II, 8^e éd., 1925.
- GIDE (Paul). — Etude sur la condition privée de la femme, 2^e éd. par ESMEIN, Paris, 1883.
- GIERKE (Otto). — Das deutsche Genossenschaftsrecht, 4 vol., Berlin, 1868-1881.
- Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung, Berlin, 1887.
- Deutsches Privatrechts, Leipzig, t. I, 1893; t. II, 1905.
- GINOULHIAC. — Histoire du régime dotal et de la communauté en France, 1842.
- GIRARD. — Manuel élémentaire de droit romain, (8^e éd. par SENN), Paris, 1929.
- Textes de droit romain, 5^e éd., Paris, 1923.
- GIRAUD. — De la contribution des époux aux charges du mariage. Thèse Paris, 1911.
- GLASSON. — Histoire du droit et des institutions de la France, 8 vol., Paris, 1887-1903.
- GLASSON et TISSIER. — Traité théorique et pratique de procédure civile, 3^e éd., 1925.
- GMÜR. — Familienrecht, 2^e éd., Berne, 1923.
- GOUBEAUX. — Etude sur la clause d'indivision forcée et perpétuelle en droit civil français. Thèse Nancy, 1910.
- GOUNOT. — Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé. Thèse Paris, 1912.

- GRADENWITZ. — Zur Natur der Dos (*Mélanges Gérardin*, p. 283-298).
- GROUBER. — De l'action paulienne en droit civil français contemporain. Thèse Paris, 1913.
- GUARNERI CITATI. — Indice delle parole, frasi e costrutti ritenuti indizio di interpolazione nei testi giuridici romani, Milan, 1927.
- GUERBÉ. — L'article 214; étude historique et critique. Thèse Paris, 1910.
- GUÉRIN. — Les donations et avantages dispensés de droit du rapport. Thèse Paris, 1931.
- GUIDOT. — Essai critique sur les sociétés commerciales en participation en droit français. Thèse Dijon, 1911.
- GUILLOUARD. — Traité du contrat de mariage, 4 vol., Paris, 1883-1888.
— Traité du contrat de société, Paris, 1891.
- GUYOT (P.). — L'activité économique de la femme mariée. Thèse Dijon, 1910.
- HAMEL. — La notion de cause dans les libéralités. Thèse Paris, 1920.
— L'affectio societatis. *Rev. trim.*, 1925, p. 761-792.
— Note sous Trib. arbitral mixte franco-allemand, 27 oct. 1923, S., 24. 2. 25 (la notion de nationalité des sociétés).
- HASSE. — Revision der bisherigen Theorie von der ehelichen Gütergemeinschaft, 1808.
- HAURIUO. — Précis de droit administratif, 11^e éd., Paris, 1927.
— Précis de droit constitutionnel, 2^e éd., Paris, 1929.
— La théorie de l'institution et de la fondation (Extrait de *La Cité moderne et les transformations du droit*, Paris, 1923).
- HAYEM. — Domaines respectifs de l'association et de la société. Thèse Paris, 1907.
- HÉMARD. — Théorie et pratique des nullités de sociétés et des sociétés de fait, 2^e éd., Paris, 1926.
— Théorie et pratique des assurances terrestres, 2 vol., Paris, 1924-1925.
- HEUSLER. — Institutionen des deutschen Privatrechts, 2 vol., Leipzig, 1883.
- HOUPIN et BOSVIEUX. — Traité général théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales et des associations, 6^e éd., 3 vol., Paris, 1927-1928.
- HUBER. — Exposé des motifs de l'Avant-projet du Département fédéral de justice et police, Berne, 1902.
- HUC. — Commentaire du Code civil, 13 vol., 1892-1903.
- IHERING. — Esprit du droit romain. Trad. sur la 3^e édition par MEULENAERE, 4 vol., Paris, 1877-1878.
- JAPIOT. — Note sous Trib. civ. Quimper, 23 nov. 1912, S. 12. 2. 257 (nullité du contrat de mariage).
- JAY. — De l'immutabilité des conventions matrimoniales en droit international, *Chunet*, 1885, p. 527 et suiv.
- JOSSERAND. — Cours de droit civil positif français, 3 vol., Paris, 1929-1930.

- JOSSERAND. — Essai sur la propriété collective. (*Livre du centenaire du Code civil*, t. 1, p. 356 et suiv.).
- JOUITOU. — Etude sur le système du régime dotal sous le Code civil, 2 vol., Paris, 1882-1888.
- KAHN. — La notion de l'aléa dans les contrats. Thèse Paris, 1924.
- KAYSER. — Sociétés et associations : leurs domaines d'application. Thèse Nancy, 1928.
- LABOULAYE. — Recherches sur la condition civile et politique des femmes depuis les Romains jusqu'à nos jours, Paris, 1843.
- LACOUR. — Note sous Cass. crim., 7 mars 1907, D. 1907. 4. 305 (la femme associée dans le ménage et la loi sur le repos hebdomadaire).
- LACOUR et BOUTERON. — Précis de droit commercial, 2^e éd., 4 vol., 1921-1924.
- LAFFERRIÈRE. — Histoire du droit français, 6 vol., Paris, 1845-1858.
- LAINÉ. — Introduction au droit international privé, 2 vol., 1888-1892.
- LALANDE. — Vocabulaire de la philosophie, 2 vol., Paris, 1926.
- LALOU. — Du bail à nourriture. Thèse Paris, 1900.
- Droits de la femme mariée sur les produits de son travail et les produits du travail de son mari depuis la loi du 13 juillet 1907, Paris, 1910.
- LAMBERT. — La stipulation pour autrui. Thèse Paris, 1893.
- Note sous Trib. civ. Seine, 14 août 1895, *Pand. franç.*, 97. 2. 33 (contrat de mariage du prodigue).
- LAPORTE. — Influence du droit romain sur les rapports des époux au moyen âge. Thèse Paris, 1906.
- LAPRADELLE (DE). — Théorie et pratique des fondations perpétuelles. Thèse Paris, 1895.
- LAROMBIÈRE. — Traité théorique et pratique des obligations, nouv. éd., 7 vol., 1885.
- LAURENT. — Principes du droit civil français, 33 vol., Bruxelles, 1869-1878.
- Avant-projet de revision du Code civil, Bruxelles, 1882-1885.
- Droit civil international, 8 vol., Bruxelles, 1880-1882.
- LAURENT (J.-Ch.). — L'apparence dans le problème des qualifications juridiques. Thèse Caen, 1931.
- LEBRET. — La notion de l'indivision dans le droit français actuel (l'article 815 du Code civil et les lois récentes). Thèse Caen, 1922.
- LECOUFFE. — Le fondement juridique du régime matrimonial légal. Thèse Lille, 1923.
- LEFEBVRE. — Introduction à l'histoire du droit matrimonial français, Paris, 1899.
- Le droit des gens mariés, Paris, 1906-1908.
- La coutume française du mariage au temps de saint Louis, Paris, 1901.
- LE GUÉVEL. — Dissertation sur l'article 585 du Code civil et réf.

tation de la doctrine de M. Toullier sur une question née de cet article, Rennes, 1819.

LE GUÉVEL. — Lettre à M. Toullier... sur quelques erreurs énoncées dans le titre XII du Cours de droit français, relatives à la communauté des époux, 1828.

LEHR. — Eléments de droit civil espagnol, 2 vol., Paris, 1^{re} partie, 1880, 2^e partie, 1890.

LEMAIRE. — Origine de la règle *Nullum sine dote fiat conjugium*. (*Mélanges Paul Fournier*, p. 413-424). Paris, 1929.

— Les origines de la communauté de biens entre époux dans le droit coutumier français. *Nouv. rev. hist.*, 1928, p. 584-643.

LENOTTE. — Le prélèvement en matière de rapport de dettes. Thèse Lille, 1908.

LEPAULE. — De la validité des trusts en France. *Rev. de droit internat. privé*, 1927, p. 309-314.

LÉREBOURS-PIGEONNIÈRE. — Précis de droit international privé, Paris, 1928.

— La séparation de biens et les mœurs françaises (Travaux juridiques et économiques de l'Université de Rennes, 1930, p. 79-99.

LEVASSEUR (G.). — La détermination du domicile en droit international privé français. Thèse Paris, 1931.

LÉVY (Ed.). — L'union par le mariage. *Rev. crit.*, 1932, p. 63 et suiv.

LÉVY (P.-M.). — Des manifestations tacites de volonté. Thèse Dijon, 1927.

LÉVY-ULLMANN. — Note sous Cass. civ., 12 mai 1902, S., 1903. I. 437 (société civile et fondation).

LÉVY-ULLMANN et GRUNEBaum-BALLIN. — Essai sur les fondations par testament. *Rev. trim.*, 1904, p. 258.

LYON-CAEN et RENAULT. — Traité de droit commercial, 8 vol., 4^e éd., Paris, 1906-1916.

MADRAY. — Essai d'une théorie générale de la représentation juridique en droit privé français. Thèse Bordeaux, 1931.

MARCADÉ. — Explication théorique et pratique du Code Napoléon, 6^e éd., 6 vol., Paris, 1868 (ouvrage continué par Paul Pont).

MARGAT. — La femme mariée commerçante et le régime du libre salaire. (L. 13 juill. 1907), Montpellier et Paris, 1913.

— De la condition juridique des associations non déclarées. *Rev. trim.*, 1905, p. 235-260.

MASSE (L.). — Du caractère juridique de la communauté entre époux dans ses précédents historiques. Thèse Paris, 1902.

MATARD. — Les pouvoirs des administrateurs et des gérants dans les sociétés par actions. Thèse Bordeaux, 1930.

MAURY. — Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français. Thèse Toulouse, 1920, 2 vol.

MAYNAU. — Les fictions de contrats dans le Code civil et depuis le Code civil. Thèse Montpellier, 1924.

- MAZEAUD. — De la nationalité des sociétés. *Clunet*, 1928, p. 30 et suiv.
- MENDIZABAL Y MARTIN (Luis). — Tratado de derecho natural, 7^e éd., Madrid, 1928-1931.
- MERLIN. — Répertoire universel et raisonné de jurisprudence, 18 vol., 5^e éd., 1827-1828.
- MEYNIAL. — Le caractère juridique de la communauté entre époux. *Rev. trim.*, 1903, p. 841 et suiv.
- MICHOUD. — La théorie de la personnalité morale et son application au droit français. 2^e éd., par TROTABAS, 2 vol., Paris, 1924.
- MILLET. — Les avantages particuliers dans les sociétés par actions. Thèse Paris, 1931.
- MITTEIS. — Römisches Privatrecht, t. I, Leipzig, 1908.
- MOISSINAC. — Essai sur la séparation de biens contractuelle; étude critique de la pratique notariale d'après la doctrine et la jurisprudence. Thèse Paris, 1920.
- MOLIÉRAC. — Etude sur les sociétés entre époux. Thèse Bordeaux, 1917.
- MOREL-FATIO. — La nationalité des sociétés. Thèse Paris, 1931.
- MORIN. — Les droits de la femme mariée sur les produits de son travail. Thèse Caen, 1908.
- NAST (Alfred). — Le régime juridique des coopératives. Thèse Paris, 1919.
- NAST (Marcel). — Etude sur la prohibition des pactes sur succession future. Thèse Paris, 1903.
- Note sous Trib. civ. Seine, 11 juill. 1922, D., 24. 2. 105 (séparations de fait).
- NIBOYET. — Manuel de droit international privé (2^e édition du Manuel de Pillet et Niboyet), Paris, 1928.
- Froland, les conflits de qualifications et la question du renvoi, Paris, 1926.
- Existe-t-il vraiment une nationalité des sociétés ? *Rev. de droit internat. privé*, 1927, p. 417 et suiv.
- NOGARO. — Traité élémentaire d'économie politique, 2^e éd., Paris, 1921.
- ODIER. — Traité du contrat de mariage ou régime des biens entre époux, 3 vol., Paris, 1847.
- OLIVIER-MARTIN. — Histoire de la coutume de la prévôté et vicomté de Paris, t. I et t. II (fasc. 1 et 2), Paris, 1922-1930.
- OLLIER. — De la liberté pour les futurs époux de fixer leur régime matrimonial dans l'ancien droit coutumier. Thèse Paris, 1902.
- ORTOLAN. — Législation romaine. 12^e éd. par J.-E. LABBÉ, 3 vol., Paris, 1883-1884.
- PAGE (H. DE). — Traité de l'interprétation des lois, 2 vol., Bruxelles, 1925.
- PALLAMARY. — Des conflits de législation relatifs aux conventions matrimoniales. Thèse Paris, 1884.

- PALMADE. — La propriété littéraire et artistique et les régimes matrimoniaux. Thèse Bordeaux, 1909.
- PALVADEAU. — Les cessions de droits sociaux : droit fiscal et droit civil. Thèse Bordeaux, 1931.
- PARDESSUS. — Cours de droit commercial, 6^e éd., 4 vol., Paris, 1856.
- PÉPY. — De la nationalité des sociétés de commerce. Thèse Paris, 1920.
- PERCEROU. — Essai sur la nationalité des sociétés. *Ann. de droit comm.*, 1926, p. 6 et suiv.
- PERSIL. — Des sociétés commerciales, Paris, 1833.
- PIC. — Du contrat d'association et du contrat de société.
- PICHON. — Des caractères distinctifs des associations soumises à la loi du 1^{er} juillet 1901. Thèse Paris, 1905.
- PILLET. — Principes de droit international privé, Paris, 1909.
- Traité pratique de droit international privé, Paris, t. I (1923), t. II (1924).
- Les personnes morales en droit international privé, Paris, 1914.
- Rapport à la Société d'études législatives. *Bull. de la Soc. d'études législ.*, 1909, p. 432 et suiv.
- PILOX. — La jurisprudence en matière de rapport de dettes, *Rev. trim.*, 1903, p. 669-688.
- PIOLA-CASELLI. — La nazionalità delle società commerciali e il registro degli commercianti, 1921.
- PLANCK. — Bürgerliches Gesetzbuch, erläutert von Planck, 7 vol., Berlin, 1898-1902.
- PLANIOL. — Traité élémentaire de droit civil, 3 vol., 11^e éd. 1928-1932.
- Classification des sources des obligations. *Rev. crit.*, 1904, p. 224 et suiv.
- Classification synthétique des contrats, *Rev. crit.*, 1904, p. 470 et suiv.
- Note sous Nancy, 25 févr. 1891, D., 1892. 2. 353 (nature juridique des avantages matrimoniaux).
- PLANIOL et RIPERT. — Traité pratique de droit civil français, 11 vol. parus, Paris, 1925-1932, en particulier :
- Tome I. Les personnes, avec la collaboration de SAVATIER.
- Tome II : La famille, avec la collaboration de ROUAST.
- Tome IV : Les successions, avec la collaboration de MAURY et VIALLETON.
- Tome VI : Les obligations, avec la collaboration d'ESMEIN.
- Tome VIII et IX : Les régimes matrimoniaux, avec la collaboration de NAST, Paris, 1927.
- PONT (Paul). — Traité des sociétés civiles et commerciales, 2 vol., Paris, 1872-1880.
- Traité des privilèges et hypothèques, 2^e éd., 2 vol., Paris, 1868
- Traité des petits contrats, 2 vol., Paris, 1863-1867.

- POULLE. — Traité théorique et pratique des associations en participation. Paris, 1887.
- PRINGSHEIM. — Animus donandi. *Rev. Savigny*, 1921, p. 273-327.
- PROUDHON. — Traité des droits d'usufruit, d'usage et d'habitation, 2 vol., Paris, 1836.
- RADULESCO. — La fondation privée dans le droit allemand. Thèse Paris, 1924.
- RAMBERT. — Les sociétés de participations et la société anonyme. Thèse Lausanne, 1927.
- RAUTER. — Cours de procédure civile française, Paris, 1834.
- RAY. — De la notion de donation en droit civil français. Thèse Paris, 1912.
- Essai sur la structure logique du Code civil français. Thèse lettres, Paris, 1926.
- REDAUD. — Les parts sociales sous le régime de la communauté. Thèse Paris, 1929.
- REGNAULT. — Etude critique de la jurisprudence relative à la représentation de valeurs dotales par des paraphernaux. Thèse Paris, 1894.
- RENARD (Georges). — La théorie de l'institution. Essai d'ontologie juridique, t. I, 1930.
- REYNAUD (L.). — Histoire générale de l'influence française en Allemagne, Paris, 1914.
- REYTER. — Des sociétés en droit international. Thèse Alger, 1930.
- RICHARDOT. — Les pactes de séparation amiable entre époux. Thèse Dijon, 1930.
- RICHER (Max). — Régime des sociétés nulles à raison de leur objet ou du consentement des parties. Thèse Paris, 1910.
- RICOL. — La copropriété en main commune (gesammte Hand) et son application possible au droit français. Thèse Toulouse, 1907.
- RIPERT. — Prêt avec participation aux bénéfices et société en participation. *Ann. de droit. comm.*, 1905, p. 53-68.
- ROBERT (Pol). — De la nature juridique des avantages matrimoniaux résultant principalement du régime de communauté. Thèse Nancy, 1914.
- ROBERTI (Melchiorre). — Le origini romanocristiane della comunione dei beni fra coniugi. Turin, 1919.
- RODIÈRE. — Cours de compétence et de procédure, 3^e éd., 2 vol., Toulouse, 1867.
- RODIÈRE et PONT. — Traité du contrat de mariage et des droits respectifs des époux. 2^e éd., 3 vol., Paris, 1868-1869.
- ROGUIN. — Traité de Droit civil comparé. T. II : Le régime matrimonial, Paris, 1905.
- La science juridique pure, 3 vol., Paris et Lausanne, 1923.
- ROSSEL et MENTHA. — Manuel de droit civil, 2^e éd., 3 vol., Lausanne, 1922.

- ROSSET. — Les titres américains (Les actions sans valeur nominale), Paris, 1931.
- ROUBIER. — Les conflits de lois dans le temps. Théorie dite de la non-rétroactivité des lois, t. I, Paris, 1929.
- RUL. — Le contrat d'hôtellerie ou rapports juridiques entre l'hôtelier et le voyageur. Thèse Paris, 1906.
- SALEILLES. — Etude sur l'histoire des sociétés en commandite. *Ann. de droit comm.*, 1895, p. 10 et 49, 1897, p. 29.
- Une interprétation vaudoise d'une disposition du Code civil français. *Rev. trim.*, 1914, Supplément au n° 1.
- SAVATIER. — De la portée et de la valeur du principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales. *Rev. trim.*, 1921, p. 93 et suiv.
- Des inconvénients du régime conventionnel de séparation de biens. D. H., 1929. Chronique, p. 21.
- SAVIGNY. — Traité de droit romain. Trad. GUÉNOUX, 8 vol., Paris, 1840.
- SCHRÖDER. — Geschichte des ehelichen Güterrecht in Deutschland, 4 tomes, 1863-1874.
- SCHULZ. — Impensæ necessariæ dotem ipso jure minuunt. *Rev. Savigny*, 1913, p. 57-106.
- SECKEL. — Hand lexikon zu den Quellen des römischen Rechts, Iena, 1907.
- SENN. — De la justice et du droit. Explication de la définition traditionnelle de la justice, suivie d'une étude sur la distinction du *jus naturale* et du *jus gentium*. Paris, 1927.
- SERIZIAT. — Traité du régime dotal, Lyon, 1845.
- SIESSE. — Contribution à l'étude de la communauté d'héritiers en droit comparé. Thèse Paris, 1922.
- SIMONCELLI. — Istituzioni di diritto privato italiano, 3^e éd., Rome, 1921.
- SOLUS. — De la condition des revenus dotaux. *Rev. trim.*, 1920, p. 5-38.
- SOURDOIS. — Les droits de la femme mariée sur les produits de son travail. *Rev. trim.*, 1907, p. 585.
- STEINACKER. — Die antiken Grundlagen der Frömittelalterlichen Privaturkunde, Leipzig, 1927.
- STORBE. — Handbuch des deutschen Privatrechts, 2^e éd., 5 vol., Berlin, 1883.
- Miteigentum und gesammte Hand. *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, 1864, t. IV, p. 207 et suiv.
- SURVILLE. — Cours élémentaire de droit international privé (en collaboration avec ARTHUYS), 7^e éd., Paris, 1925.
- Du rôle de la volonté dans la solution des questions de Droit international privé que soulève le contrat de mariage. *Rev. crit.*, 1888, p. 244-269.
- TARDE (G.). — Les transformations du droit. Etude sociologique, Paris, 1893.

- TAULIER. — Théorie raisonnée du Code civil, 7 vol., Paris, 1840-1848.
- TESSIER. — Traité de la dot suivant le régime dotal, 2 vol., 1835.
- Questions sur la dot. Bordeaux, 1852.
- Traité de la société d'acquêts suivant les principes de l'ancienne jurisprudence, Bordeaux, 1829.
- THALLER. — Traité élémentaire de droit commercial, 6^e éd. par PERCEROU. Paris, 1922.
- De la faillite des différents commerçants. *Rev. crit.*, 1882-1883.
- THALLER et PIC. — Traité des sociétés commerciales, 3 vol., Paris, 1907-1924.
- THALLER et PERCEROU. — Traité des faillites, banqueroutes et liquidations judiciaires, 2 vol., Paris, 1907-1914.
- THIÉBOT. — Distinction des conventions matrimoniales et des libéralités. Thèse Caen, 1911.
- TIMBAL. — Point de départ des effets du régime matrimonial. Thèse Toulouse, 1901.
- TISON. — Le principe de l'autonomie de la volonté dans l'ancien droit français. Thèse Paris, 1931.
- TISSIER (Théod.) — Traité théorique et pratique des dons et legs aux établissements publics et d'utilité publique, 2 vol., Paris, 1896.
- TOULLIER. — Le Droit civil français suivant l'ordre du Code, 6^e éd., 14 vol., Paris, 1846-1848.
- TRASBÔT. — L'acte d'administration en droit privé français. Thèse Bordeaux, 1921.
- De la continuation de l'entreprise après décès d'un associé et de l'indemnisation de ses ayants droit sur la base du dernier inventaire. *Journ. des soc.*, 1929, p. 129 et suiv.
- TRÉBUTIEN. — Des principes généraux du droit sur les avantages entre époux. Thèse Caen, 1842.
- TROPLONG. — Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code.
- Du contrat de mariage, 2^e éd., 4 vol., Paris, 1851.
- Contrat des sociétés civiles et commerciales, 2 vol., Paris, 1843.
- Des privilèges et hypothèques, 3^e éd., 1854.
- TROUILLÔT et CHAPSAL. — Du contrat d'association, Paris, 1902.
- VACHERON. — Le régime matrimonial des époux mariés sans contrat en droit international privé. Thèse Paris, 1914.
- VALÉRY. — Manuel de droit international privé. Paris, 1914.
- Les femmes commerçantes et la loi du 13 juillet 1907. *Ann. de droit comm.*, 1907., p. 398.
- VALLOIR. — Essai sur la notion d'acte à titre gratuit. Thèse Rennes, 1949.
- VAREILLES-SOMMIÈRES (DE). — Synthèse du droit international privé, 2 vol., 1897.
- Les personnes morales. Paris, 1902.

- VAYASSEUR. — Traité des sociétés civiles et commerciales, 4^e éd., 2 vol., Paris, 1892.
- Même ouvrage, 7^e éd. par BONNECASE, MOLIÉRAC et RAULT. V. BONNECASE.
- Les reprises de la femme commune. *Rev. prat. de droit franç.*, 1886, p. 173 et suiv.
- VERDELOT. — Du bien de famille en Allemagne et de la possibilité de son institution en France. Thèse Paris, 1900.
- VERNÈDE. — De la constitution de dot faite en fraude des créanciers du constituant. Thèse Montpellier, 1912.
- VÉRON. — Les actes accomplis par le mari sur la communauté en fraude des droits de la femme. Thèse Paris, 1924.
- VIDAL. — Etudes sur les moyens organisés par la loi et la jurisprudence pour protéger les fiancés contre leurs fraudes réciproques. Toulouse, 1884.
- VIOLLET. — Introduction aux Etablissements de Saint-Louis. Paris, 1884.
- Précis de l'histoire du droit civil français, 2^e éd., Paris, 1893.
- VIVANTE. — Traité de droit commercial. Trad. sur la 3^e édition italienne par ESCARRA, 4 vol., Paris, 1911-1912.
- VIZIOZ. — La notion du quasi-contrat. Thèse Bordeaux, 1912.
- L'Ecole du droit naturel et le quasi-contrat. Extrait de la *Rev. crit.*, 1913, p. 270-288.
- WAHL. — Précis théorique et pratique de droit commercial, Paris, 1921.
- Définition de l'association selon la loi du 1^{er} juillet 1901. *Journ. des soc.*, 1903, p. 337-350.
- Note sous Cass. Ch. réunies, 19 décembre 1890, S. 91. 1. 129 (nature juridique des avantages matrimoniaux).
- Note sous Paris, 7 déc. 1907, S., 1909. 2. 129 (la notion de charges du ménage).
- WEIDINGER. — Die Haustafeln, ein Stück urchristlicher Paränese. *Untersuchungen zum Neuen Testament*, fasc. 14, Leipzig, 1928.
- WEISS. — Traité théorique et pratique de droit international privé, 3 vol., 2^e éd., Paris, 1892-1903.
- WESTLAKE. — Traité de droit international privé. Trad. GOULÉ, 1914.
- WOŁOWSKI. — De la société conjugale. *Rev. de légis. et de jurispr.*, t. XXV (1846), p. 164; t. XLIII (1852), p. 3 et 321; t. XLIV (1852), p. 3.
- ZACHARIE. — Cours de droit civil français. Trad. sur la 5^e édition allemande par MASSÉ et VERGÉ, 3 vol., Paris, 1854-1860.
- ZITELMANN. — Internationales Privatrecht, 2 vol., Munich, 1914.

III. — Textes législatifs, répertoires et périodiques.

- Annales de Droit commercial et industriel, français, étranger et international.*
- Annales de l'Université de Grenoble.*
- Anuario de Historia del Derecho español.* Madrid.
- Archivio storico per la Sicilia orientale.*
- Basiliques*, Ed. Heimbach, avec un supplément édité par ZACHARLE VON LINGENTHAL, 7 vol., Leipzig, 1833-1846.
- Boletín de la Real Academia de Historia*, Madrid.
- Bulletin de la Société d'études législatives.*
- Code civil allemand. Trad. publiée par le Comité de législation étrangère, 3 vol., Paris, 1904-1908.
- Code civil suisse. Ed. Rossel, 1 vol., Lausanne, 1911.
- Code de Bustamante (Projet de Code de droit international privé). Trad. GOULÉ, Paris, 1923.
- Code Théodosien. Ed. Mommsen-Meyer, 1903, contenant en appendice les *Novelles post-théodosiennes*.
- Codigos españoles concordados y anotados, Madrid, 12 vol., 1872-1873, spécialement t. I, contenant le *Fuero Juzgo*, le *Fuero viejo* de Castilla et les *Leyes del Estilo*.
- Corpus juris civilis. Ed. Mommsen, Krueger, Schoell et Kroll, 13^e éd., Berlin, 1920.
- DALLOZ. — Répertoire de législation, de doctrine et de jurisprudence (*Jurisprudence générale*), 44 vol., Paris, 1846-1864.
- Supplément au Répertoire, 19 vol., Paris, 1887-1897.
- Répertoire pratique de législation, de doctrine et de jurisprudence, 12 vol., Paris, 1910-1923.
- Recueil périodique et critique de jurisprudence, de législation et de doctrine, Paris (D.).
- Recueil hebdomadaire de jurisprudence (D. H.).
- FENET. — Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, 13 vol., Paris, 1827-1828.
- Gazette du Palais.*
- Journal du droit international privé (Clunet).*
- Journal des sociétés.*
- Journal du Palais.*
- LOCRÉ. — Législation civile, commerciale et criminelle de la France. Recueil des discussions et travaux préparatoires de nos Codes, 31 vol., Paris, 1829-1832.
- Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich, 2^e éd., 5 vol., Berlin, 1896.
- Nouvelle revue historique de droit français et étranger.*
- Pandectes françaises.* (Nouveau Répertoire de doctrine, de législation et de jurisprudence), 59 vol., Paris, 1886-1903.
- Pandectes françaises périodiques* (Recueil de jurisprudence et de législation).

- Recueil de l'Académie de législation de Toulouse.
Recueil de la Gazette des Tribunaux, Journal de jurisprudence et des débats judiciaires (*Gaz. trib.*).
Répertoire de droit international, publié sous la direction de MM. DE LAPRADELLE et NIBOYET, 7 vol. parus, Paris, 1928.
Revue critique de législation et de jurisprudence (*Rev. crit.*).
Revue de droit international et de législation comparée.
Revue de droit international privé.
Revue de législation et de jurisprudence (1833-1853).
Revue des sociétés.
Revue pratique de droit français (1836-1884).
Revue trimestrielle de droit civil (*Rev. trim.*).
SIREY. — Recueil général des lois et des arrêts (S.).
Travaux et mémoires des Facultés de Lille.
Travaux juridiques et économiques de l'Université de Rennes.
Vocabulaire juridique, publié sous la direction de M. CAPITANT.
Zeitschrift der Savigny-Stiftung für die Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung (*Revue Savigny*) faisant suite, à partir de 1880, à la *Zeitschrift für Rechtsgeschichte.*
-

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION	1

PREMIERE PARTIE

• ANALYSE

CHAPITRE PREMIER. — L'attitude de la doctrine quant au problème de la nature juridique du régime matrimonial en général. Conséquences qui en découlent pour la détermination de la nature juridique des divers types de régimes matrimoniaux	17
--	----

SECTION I. — LA NATURE JURIDIQUE DU RÉGIME MATRIMONIAL DEVANT LA DOCTRINE	18
---	----

§ 1. — <i>L'Ecole de l'Exégèse</i>	18
--	----

I. — L'influence du Code civil sur la détermination de la nature juridique du régime matrimonial..	19
--	----

II. — La nature juridique du contrat de mariage d'après les représentants de l'Ecole de l'Exégèse.	26
--	----

§ 2. — <i>L'Ecole scientifique</i>	34
--	----

SECTION II. — CONSÉQUENCES QUI DÉCOULENT DE LA PRÉCÉDENTE SECTION QUANT A LA DÉTERMINATION DE LA NATURE JURIDIQUE DES DIVERS TYPES DE RÉGIMES MATRIMONIAUX	38
--	----

§ 1. — <i>Insuffisance des solutions doctrinales</i>	38
--	----

§ 2. — <i>Adoption provisoire du point de vue contractuel</i>	40
---	----

§ 3. — <i>Portée réelle que doit offrir la détermination de la nature juridique du régime matrimonial</i>	44
---	----

CHAPITRE II. — La nature juridique du régime de séparation de biens	49
---	----

SECTION I. — LA NATURE JURIDIQUE DU RÉGIME DE SÉPARATION DE BIENS DEVANT LA DOCTRINE	51
--	----

	Pages
§ 1. — <i>Théorie classique</i>	31
§ 2. — <i>Première tentative de systématisation : la formule « la femme en pension chez le mari ». Examen critique de cette formule</i>	34
§ 3. — <i>Apparition de la notion de société comme explication de la nature juridique du régime de séparation de biens.</i>	37
 SECTION II. — SOLUTION PROPOSÉE SUR LE PROBLÈME DE LA NATURE JURIDIQUE DU RÉGIME DE SÉPARATION DE BIENS	 63
§ 1. — <i>La structure du régime de séparation de biens dans ses rapports avec les notions de société et de personnalité morale</i>	63
I. — Première proposition : Le régime de séparation de biens constitue une société civile	63
A. — Les éléments constitutifs de la société et le régime de séparation de biens	63
B. — Place du régime de séparation de biens dans les diverses classifications des sociétés. — Réfutation de quelques objections possibles	101
II. — Deuxième proposition : Le régime de séparation de biens constitue une société civile dotée d'une personnalité morale embryonnaire	103
A. — Régime de séparation de biens, association en participation, personnalité morale ..	103
B. — La personnalité morale du régime de séparation de biens	109
§ 2. — <i>Le fonctionnement du régime de séparation de biens dans ses rapports avec les notions de société et de personnalité morale</i>	119
 CHAPITRE III. — La nature juridique du régime dotal	137
I. — <i>La nature juridique du régime dotal, abstraction faite de l'inaliénabilité dotale</i>	137
 SECTION I. — COMMENT, DE L'ORIGINE A NOS JOURS, A ÉTÉ POSÉ ET RÉSOLU LE PROBLÈME DE LA NATURE JURIDIQUE DU RÉGIME DOTAL	 137
§ 1. — <i>La nature juridique du régime dotal à travers l'histoire</i>	137
I. — Le Droit romain	137

	Pages
II. — Les interprètes du Droit écrit	146
§ 2. — <i>La nature juridique du régime dotal devant la doctrine moderne</i>	149
I. — Etat des conceptions doctrinales	149
II. — Examen critique de la théorie classique sur la nature juridique du régime dotal	158
SECTION II. — SOLUTION PROPOSÉE SUR LE PROBLÈME DE LA NATURE JURIDIQUE DU RÉGIME DOTAL, ABSTRACTION FAITE DE L'INALIÉNABILITÉ DOTALE	167
§ 1. — <i>La structure du régime dotal, abstraction faite de l'inaliénabilité dotale, dans ses rapports avec les notions de société et de personnalité morale</i>	167
I. — Première proposition : Le régime dotal constitue une société civile	167
II. — Deuxième proposition : Le régime dotal constitue une société civile dotée d'une personnalité morale restreinte	173
§ 2. — <i>Le fonctionnement du régime dotal, abstraction faite de l'inaliénabilité dotale, dans ses rapports avec les notions de société et de personnalité morale</i>	175
II. — <i>La nature juridique de l'inaliénabilité dotale envisagée en elle-même</i>	181
SECTION I. — LA NATURE JURIDIQUE DE L'INALIÉNABILITÉ DOTALE DEVANT LA DOCTRINE ET LA JURISPRUDENCE	181
§ 1. — <i>Rappel de la controverse classique</i>	181
§ 2. — <i>Théorie de M. Martin</i>	186
SECTION II. — SOLUTION PROPOSÉE SUR LA NATURE JURIDIQUE DE L'INALIÉNABILITÉ DOTALE	192
§ 1. — <i>Dotalité et fondation</i>	192
I. — La notion de patrimoine dotal	193
A. — La conception historique de la dot en tant qu'« universitas juris ».	193
B. — La conception organique de la dot en tant qu'universalité juridique	195
II. — La notion de fondation dotale	202
A. — Les éléments constitutifs de la fondation et la dot	202
B. — Fondation dotale et société conjugale ..	211

	Pages
§ 2. — <i>Le fonctionnement de la fondation dotale person- nifiée</i>	213
CHAPITRE IV. — <i>La nature juridique du régime exclusif de communauté</i>	219
SECTION I. — <i>LA NATURE JURIDIQUE DU RÉGIME EXCLUSIF DE COM- MUNAUTÉ DEVANT LA DOCTRINE</i>	219
SECTION II. — <i>SOLUTION PROPOSÉE SUR LA NATURE JURIDIQUE DU RÉGIME EXCLUSIF DE COMMUNAUTÉ</i>	222
SECTION III. — <i>LES RAPPORTS DU RÉGIME EXCLUSIF DE COMMU- NAUTÉ ET DU RÉGIME DOTAL QUANT A LEUR NATURE JURI- DIQUE</i>	224
CHAPITRE V. — <i>La nature juridique de la communauté conju- gale</i>	227
SECTION I. — <i>LA NATURE JURIDIQUE DE LA COMMUNAUTÉ CONJU- GALE DEVANT LA DOCTRINE ET LA JURISPRUDENCE</i>	227
§ 1. — <i>Etude descriptive de l'évolution des conceptions doctrinales et jurisprudentielles, de 1804 à nos jours, touchant la nature juridique de la communauté conju- gale</i>	227
I. — <i>La doctrine</i>	227
II. — <i>La jurisprudence</i>	234
§ 2. — <i>Examen critique des théories proposées</i>	239
I. — <i>La théorie de Toullier</i>	241
A. — <i>La théorie de Toullier devant les textes du Code civil</i>	242
B. — <i>Le problème, suggéré par la théorie de Toullier, de la distinction entre les avantages matrimoniaux et les avantages successoraux.</i>	244
C. — <i>La question du conflit des qualifications dans ses rapports avec la distinction des avan- tages matrimoniaux et des avantages succes- soraux</i>	247
II. — <i>La théorie de l'indivision</i>	254
A. — <i>Communauté conjugale et copropriété</i>	255
B. — <i>Communauté conjugale et indivision</i>	257
C. — <i>Communauté conjugale et indivision orga- nisée</i>	258

	Pages
III. — La théorie de la copropriété en main commune ou <i>Gesammte Hand</i>	261
A. — Histoire externe de la doctrine de la communauté-copropriété en main commune	262
B. — Traits distinctifs de la copropriété en main commune	266
C. — Critique de la théorie de la communauté-copropriété en main commune au point de vue historique	277
D. — La communauté conjugale est, dès son apparition, considérée comme une compagnie. Portée de ce mot	298
SECTION II. — SOLUTION PROPOSÉE SUR LE PROBLÈME DE LA NATURE JURIDIQUE DE LA COMMUNAUTÉ CONJUGALE	302
<i>Observations préliminaires</i>	302
§ 1. — <i>La structure de la communauté conjugale dans ses rapports avec les notions de société et de personnalité morale</i>	308
I. — Première proposition : La communauté conjugale constitue une société civile	308
A. — Les éléments constitutifs de la société et la communauté conjugale	308
B. — Place de la communauté conjugale dans les diverses classifications des sociétés....	349
C. — Réfutation des objections traditionnelles	322
II. — Deuxième proposition : La communauté conjugale constitue une société civile dotée d'une personnalité morale atténuée	336
A. — Communauté conjugale et sujet de droit.	336
B. — Réfutation d'une tentative de diversion : communauté conjugale et individualité compatible	341
C. — La personnalité morale de la communauté entre époux	343
§ 2. — <i>Le fonctionnement de la communauté conjugale dans ses rapports avec les notions de société et de personnalité morale</i>	347
I. — Portée du sujet examiné dans le présent paragraphe	347
II. — L'administration de la communauté conjugale	350

	Pages
III. — Le mécanisme du passif	356
IV. — La liquidation de la communauté conjugale	366
CHAPITRE VI. — La loi du 13 juillet 1907 dans ses rapports avec la nature juridique des divers types de régimes matrimoniaux	377

DEUXIEME PARTIE

SYNTHESE

CHAPITRE PREMIER. — Tout régime matrimonial constitue une société investie de la personnalité morale	386
SECTION I. — LA NOTION DE SOCIÉTÉ CONJUGALE	386
§ 1. — <i>Rejet définitif de la notion d'association conjugale</i>	387
§ 2. — <i>Affirmation de la nature juridique du régime matrimonial en tant que société : la notion de société conjugale</i>	394
I. — La notion de société conjugale	395
II. — Objet social de la société conjugale	399
III. — Place de la société conjugale dans les diverses classifications des sociétés	404
§ 3. — <i>La nature juridique du régime matrimonial, considérée du point de vue de la notion de société, dans ses rapports avec diverses théories du droit privé</i>	420
I. — Les sociétés entre époux	420
II. — Les sociétés de fait entre concubins	443
III. — Les sociétés de fait utilisées pour le règlement des intérêts pécuniaires des pseudo-époux après l'annulation d'un mariage non putatif	454
SECTION II. — LA NOTION DE MÉNAGE, SYNTHÈSE SUPRÊME DES NOTIONS DE SOCIÉTÉ CONJUGALE ET DE PERSONNALITÉ MORALE	458
§ 1. — <i>Personnification de la société conjugale</i>	458
I. — La notion de ménage	458
II. — La notion d'union conjugale en Droit suisse, comparée à la notion de ménage en Droit français	468

	Pages
§ 2. — <i>Conséquences de la personnalité morale de la société conjugale</i>	477
I. — Tableau rationnel des conséquences pratiques découlant de la personnalité morale de la so- ciété conjugale	478
A. — Le statut ou état civil de la société con- jugale en tant que sujet de droit	478
B. — La condition juridique du patrimoine de la société conjugale	482
C. — Les rapports des époux-associés avec la société conjugale-personne morale	485
II. — La personnalité morale de la société conjugale dans ses rapports avec la théorie jurispruden- tielle touchant l'action paulienne en matière de constitution de dot	486
 CHAPITRE II. — Tout régime matrimonial constitue une so- ciété-organisme engendrée par un effet direct de la loi	497
SECTION I. — LA THÉORIE DU CONTRAT TACITE AUX PRISES AVEC LA THÉORIE DE L'EFFET LÉGAL	497
§ 1. — <i>Développement historique de la controverse</i>	499
§ 2. — <i>La controverse sous l'empire du Code civil</i>	510
SECTION II. — AFFIRMATION DE LA NATURE JURIDIQUE DU RÉGIME MATRIMONIAL EN TANT QUE SOCIÉTÉ-ORGANISME ENGENDRÉE PAR UN EFFET DIRECT DE LA LOI	516
§ 1. — <i>Critique des conceptions traditionnelles</i>	518
I. — Critique de la notion de contrat tacite	518
II. — Critique de la notion courante d'effet légal..	524
III. — Les conceptions traditionnelles envisagées sous l'angle de la classification des sources des obligations	533
§ 2. — <i>Solution proposée : le régime matrimonial cons- titue une société-organisme, toujours engendrée par un effet direct de la loi</i>	536
I. — La fonction de l'acte juridique et du fait juri- dique	537
II. — La fonction de l'acte juridique et du fait juri- dique en matière de sociétés personnifiées	539
III. — Adaptation de la théorie générale de l'acte juridique à la nature juridique du régime matri- monial	547

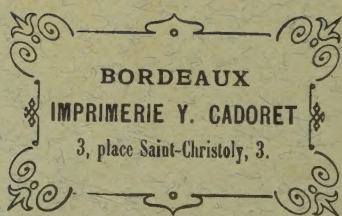
	Pages
SECTION III. — SÉRIE DE CONSÉQUENCES DÉCOULANT DE LA NATURE JURIDIQUE DU RÉGIME MATRIMONIAL EN TANT QUE SOCIÉTÉ-ORGANISME ENGENDRÉE PAR UN EFFET DIRECT DE LA LOI	555
§ 1. — <i>Portée véritable du principe de la liberté des conventions matrimoniales</i>	556
§ 2. — <i>Incapacités et nullités en matière de régime matrimonial</i>	562
I. — Incapacités	562
II. — Nullités	569
§ 3. — <i>Le régime matrimonial en Droit international privé</i>	578
I. — Position du problème en doctrine et en jurisprudence	579
A. — La doctrine et le dilemme où elle s'enferme	579
B. — La jurisprudence et ses motifs apparents.	586
C. — La jurisprudence n'a-t-elle pas une signification secrète, qui a échappé à la doctrine ?	598
II. — Solution proposée : la nationalité du ménage, corollaire de la nationalité des sociétés, est la clef des difficultés auxquelles donne lieu le régime matrimonial en Droit international privé ..	600
A. — La nationalité des sociétés ordinaires, envisagée tant en elle-même que dans ses conséquences	601
B. — La nationalité du ménage, envisagée tant en elle-même que dans ses conséquences	611
§ 4. — <i>Le régime matrimonial en face de la règle de la non-rétroactivité des lois</i>	641
CHAPITRE III. — Tout régime matrimonial constitue une société présentant une nature intégralement commutative et onéreuse	653
SECTION I. — NATURE COMMUTATIVE DU RÉGIME MATRIMONIAL	653
§ 1. — <i>Comment et pourquoi la nature commutative du régime matrimonial a été mise en question</i>	654
§ 2. — <i>Solution proposée : le régime matrimonial a, dans toutes ses parties, une nature commutative....</i>	657
SECTION II. — NATURE ONÉREUSE DU RÉGIME MATRIMONIAL	663

	Pages
§ 1. — <i>Examen critique des conceptions doctrinales et jurisprudentielles touchant la nature juridique, du régime matrimonial sous l'angle de la distinction du titre gratuit et du titre onéreux</i>	663
I. — Position ordinaire du problème : son identification courante avec le problème particulier de la nature juridique des avantages matrimoniaux. Intérêts pratiques du problème ainsi délimité ..	663
II. — Les avantages matrimoniaux ont-ils une nature gratuite ou onéreuse ? Etude critique des conceptions doctrinales et jurisprudentielles	670
A. — La doctrine	670
B. — La jurisprudence	685
III. — Quel est le critérium de différenciation de l'avantage matrimonial ? Etude critique des conceptions doctrinales et jurisprudentielles	696
A. — L'extension de la notion d'avantage matrimonial dans les conceptions doctrinales et jurisprudentielles	698
a) Extension de la notion d'avantage matrimonial dans l'hypothèse normale	699
b) Extension de la notion d'avantage matrimonial dans l'hypothèse de secondes noces	717
c) Extension de la notion d'avantage matrimonial dans l'hypothèse de divorce	723
B. — Compréhension de la notion d'avantage matrimonial dans les conceptions doctrinales et jurisprudentielles	726
a) Tendances subjectives	727
b) Tendances objectives	730
§ 2. — <i>Solution proposée : le régime matrimonial a, dans toutes ses parties, une nature onéreuse</i>	732
I. — Distinction du titre gratuit et du titre onéreux	732
II. — La notion de société en face de la distinction du titre gratuit et du titre onéreux	751
A. — La nature onéreuse de la société dans les conceptions courantes	751
B. — Les vicissitudes des articles 1840 et 854, dans l'interprétation doctrinale et jurisprudentielle, trahissent une incompatibilité fondamentale entre la notion de société et le titre gratuit	757

	Pages
C. — Pourquoi les sociétés personnifiées ont une nature intégralement onéreuse. Le rôle de la notion de bénéfice dans la détermination de cette nature onéreuse	771
III. — Nature intégralement onéreuse de la société conjugale	786
A. — La notion d'association conjugale et la nature juridique des avantages matrimoniaux	786
B. — La nature onéreuse des avantages matrimoniaux et son fondement rationnel	789
C. — Critérium de l'avantage matrimonial ..	802
CONCLUSION	809
BIBLIOGRAPHIE	815

ERRATA

- Page 14, lignes 4 et 14, *au lieu de* : *prænotiones*, *lire* : *prænotiones*.
Page 79, note 73, ligne 3, *au lieu de* : n° 174, *lire* : n° 57.
Page 97, ligne 9, *au lieu de* : Droit, *lire* : droit.
Page 141, note 9, ligne 4, *au lieu de* : Girardin, *lire* : Gérardin.
Page 147, ligne 9, *au lieu de* : nūcupantur, *lire* : nuncupantur.
Page 245, ligne 16, *au lieu de* : rennois, *lire* : Rennais.
Page 285, note 198, ligne 5, *au lieu de* : 650, *lire* : 850.
Page 295, note 238, ligne 3, *au lieu de* : Polyptique, *lire* : Polyptyque.
Page 309, ligne 23, *au lieu de* : 1386, *lire* : 1836.
Page 340, avant la dernière ligne, *lire* : — ou plus exactement, nous l'expliquerons, le dessaisissement qui englobe le patrimoine de la communauté par contre-coup de la faillite du mari.
Page 372, 1^{re} ligne, *au lieu de* : indivision, *lire* : indivisaire.
Page 381, trois premières lignes, *supprimer la phrase commençant* : La loi de 1907, *et finissant* : du ménage.
Page 484, ligne 16, *au lieu de* : contrat, *lire* : contact.
Page 503, note 10, ligne 2, *avant* : p. 209 et suiv., *lire* : II.
Page 542, note 94, ligne 2, *au lieu de* : 1731, *lire* : 731.
Page 598, ligne 4, *au lieu de* : contre, *lire* : entre.
Page 763, ligne 16, *au lieu de* : dégaut, *lire* : défaut.
Page 804, ligne 7, *au lieu de* : de priorité, *lire* : à vote plural.
Page 816, ligne 24, *au lieu de* : d'après, *lire* : après.
Page 829, ligne 11, *après* : société, *lire* : Rev. trim., 1905.
-



BORDEAUX

IMPRIMERIE Y. CADORET

3, place Saint-Christoly, 3.